



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LEANDRO VILELA MARQUES DE ALMEIDA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
ENFOQUE JURÍDICO E SOCIOLÓGICO
NA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**

Brasília
2015

LEANDRO VILELA MARQUES DE ALMEIDA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
ENFOQUE JURÍDICO E SOCIOLOGICO
NA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina Monografia III do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Professora Maria Heloisa Cavalcante Fernandes.

Brasília
2015

LEANDRO VILELA MARQUES DE ALMEIDA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
ENFOQUE JURÍDICO E SOCIOLOGICO
NA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina Monografia III do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Maria Heloisa Cavalcante Fernandes.

BRASÍLIA, DE DE 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professora Maria Heloisa Cavalcante Fernandes
Orientadora

Professor(a)

Professor(a)

Dedico este trabalho a Deus, a meus pais José Geraldo de Almeida Santos e Eliane Vilela Marques Santos, pela dedicação e por serem as pessoas mais especiais de minha vida, aos meus irmãos por terem acompanhado de perto toda minha caminhada, a minha orientadora Professora Maria Heloisa Cavalcante Fernandes, pelos conselhos precisos, aos meus amigos por compartilharem minhas angústias e alegrias e a todos que contribuíram direta e indiretamente em minha formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, especialmente:

Primeiramente a Deus, por ter permitido a conquista de mais essa vitória em minha vida, dando-me saúde e coragem para vencer as dificuldades que surgiram no decorrer destes anos e por ter me dado condições de realizar o meu sonho de me graduar no curso de Direito.

Aos meus pais José Geraldo de Almeida Santos e Eliane Vilela Marques Santos pela dedicação, apoio e educação passados a mim durante toda minha vida.

Aos meus irmãos Fernando Vilela de Almeida Santos e Isabella Marques de Almeida Santos pela compreensão, incentivo e apoio.

A minha madrinha Elenice Vilela Marques pela confiança depositada em mim.

A minha namorada Olivia Leite Garcia pela orientação, apoio, compreensão, incentivo e todo o suporte que precisei.

Ao Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, pela oportunidade de realização do Bacharelado.

A Professora Maria Heloisa Cavalcante Fernandes pela orientação, paciência e pelos ensinamentos, e demais professores pela contribuição na minha formação profissional.

Aos funcionários da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, pela atenção e paciência nos momentos em que precisei. Muito obrigado.

A todos os colegas de curso, em especial a Lígia dos Anjos, Leonardo Yuri, Mariana Gama, Cássio Thito e a todos os demais pelo companheirismo e incentivo.

E por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização do sucesso deste trabalho.

RESUMO

O direito à saúde compreendido na assistência farmacêutica, embora contemplado na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 196, ainda apresenta carências de natureza gerencial, administrativa e orçamentária entre outras, o que acaba restringindo a capacidade operativa dos órgãos e entidades responsáveis pela sua efetivação, desencadeando um fenômeno denominado “Judicialização do Direito à Saúde”. O presente trabalho objetiva analisar a interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito social à saúde, considerando a harmonia e independência entre os órgãos de poder do Estado e a interdisciplinaridade do tema (âmbito jurídico, político e econômico). A pesquisa valeu-se do método dedutivo, partindo da identificação e interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis a matéria até a análise de casos ilustrativos, por meio da pesquisa jurisprudencial. Nesse sentido, sob o ponto de vista jurídico procura-se identificar, em especial, impactos decorrentes da constitucionalização dos direitos sociais, os efeitos da maior capilaridade operacional conferida ao Poder Judiciário, bem como as consequências da democratização da justiça decorrentes do Ministério Público. Do ponto de vista sociológico, por um lado, investiga-se as razões pelas quais uma parcela crescente da sociedade recorre ao judiciário para garantia de seus direitos, e por outro, a abordagem preocupa-se em identificar os efeitos do fenômeno na própria democracia, ao instituir para os poderes independentes e harmônicos, um sutil deslocamento de competências que robustece o Poder Judiciário. Para tanto, este trabalho busca-se discorrer primeiramente da evolução do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida e do direito de acesso a todos de sua obtenção, dissertando acerca do processo de descentralização da gestão em relação aos serviços de saúde e sobre a organização do SUS, como política pública de saúde, onde constitui uma abordagem a cerca da teoria da reserva do possível que acaba impondo limitadores para a prestação do serviço de saúde por parte do Estado, que repousando no argumento da carência orçamentária, omite-se de sua obrigação de prover assistência à saúde de sua população. Dando continuidade, busca-se o suporte ao Poder Judiciário, que encontra óbices em sua atuação impostas pela doutrina e, inclusive, jurisprudência, com fundamento, sobretudo, na tripartição dos poderes, e ainda, na reserva do possível. Aborda-se a atuação judicial na assistência farmacêutica com enfoque em relação as ações individuais e coletivas, demonstrando que a partir do ativismo do poder judiciário que, de forma crescente, estabelecem determinações a serem devidamente cumpridas pelo Poder Executivo. Por último aborda-se a questão da judicialização de medicamentos nos tribunais como forma de acesso ao direito à saúde, que se dá pelo dever do Estado na prestação de atendimento, fornecendo medicamentos, de forma a tornar efetivo o mandamento constitucional, uma vez que a completa realização do direito não se encerra com a sentença, mas com as prestações positivas praticadas pelo demandado com vistas ao atendimento do que foi determinado a fim de conseguir a prestação do serviço de saúde concretizado. Assim, o presente trabalho pretende contribuir para a discussão sobre a judicialização da saúde, apontando critérios racionais para atuação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Assistência Farmacêutica. Sistema de Justiça.

ABSTRACT

The right to health as included in pharmaceutical care, although contemplated in the 1988 Constitution, especially in Article 196, still has shortages of managerial, administrative and budgetary among others, which ends up restricting the operational capacity of the organs and entities responsible for their execution, triggering a phenomenon called legalization of the right to health. This work aims to analyze the interference of the judiciary in the effectiveness of the social right to health, considering the harmony and independence between the authorities of the State and the theme's interdisciplinarity (legal, political and economic framework). The research drew on the deductive method, based on the identification and systematic interpretation of the constitutional and legal provisions applicable to the subject until the analysis of illustrative cases, through jurisprudential research. In this sense, from a legal point of view it seeks to identify, in particular, the impacts of constitutionalization of social rights, the effects of higher operating capillarity given to the judiciary and the justice democratization of the consequences because of the prosecution. From a sociological point of view, on the other hand, it investigates the reasons why a growing segment of society uses the judiciary to guarantee their rights, and on the other, the approach is concerned with identifying the effects of the phenomenon in the democracy itself, when it institutes to the independent and harmonious powers, a subtle shift of skills that strengthens the judiciary. Therefore, this work seeks to primarily discuss the evolution of the right to health as a fundamental part of the right to life and the right of access to all of their production, lecturing about the management decentralization process in relation to health services and on the organization of SUS as a public health policy, which is an approach about the possible reservation of the theory that ends up imposing constraints to the provision of health services by the state, which rested on the argument of budgetary deficiency, is omitted of its obligation to provide assistance to health of its population. Continuing with, it seeks to support the Judiciary, which finds obstacles in its operations imposed by the doctrine and even jurisprudence, based mainly on tripartite division of powers, and also in the reserve of the possible. Deals with the judicial action in pharmaceutical services with a focus towards the individual and collective actions, demonstrating that from the activism of the judiciary, that in an increasingly way, establish requirements to be properly fulfilled by the executive branch. Finally, it addresses the question of legalization of drugs in the courts as a means of access to the right to health, which is the union's duty in providing care, providing medications, in order to give effect to the constitutional law, since the full realization of the right does not end with the sentence, but with the positive benefits practiced by the defendant in order to meet what was determined in order to achieve the provision of health care realized. Thus, this work aims to contribute to the discussion on the legalization of health, pointing rational criteria for jurisdictional action.

Keyword: Right to Health. Pharmaceutical care. Judicial System.

LISTA DE ABREVIATURAS

AF – Assistência Farmacêutica

AIDS – Síndrome da imunodeficiência Adquirida (*Acquired immunodeficiency syndrome*)

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CJ – Consultoria Jurídica

CONASS – Conselho Nacional de Secretaria de Saúde

DST – Doença Sexualmente Transmissível

HIV - vírus da imunodeficiência humana (*Human immunodeficiency Virus*)

LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

LOS – Lei Orgânica da Saúde

MS – Ministério da Saúde

MP – Ministério Público

SES – Secretaria de Estado de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PGE – Procuradoria Geral do Estado

PNM – Política Nacional de Medicamentos

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | A SAÚDE | 15 |
| 2.1 | Direito à Saúde - Universalização..... | 15 |
| 2.2 | Gestão da Saúde no Brasil..... | 22 |
| 2.3 | Sistema Único de Saúde – Bases Jurídicas | 27 |
| 2.4 | A Teoria da Reserva do Possível e suas implicações no Direito à Saúde | 31 |
| 3 | A JUDICIALIZAÇÃO – O JUSTO..... | 38 |
| 3.1 | Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde | 39 |
| 3.2 | Atuação do Judiciário e a Assistência Farmacêutica | 44 |
| 3.3 | Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos | 49 |
| 3.4 | O Ativismo do Poder Judiciário | 51 |
| 4 | A JUDICIALIZAÇÃO – O ESPAÇO DE ATUAÇÃO JUDICIAL | 56 |
| 4.1 | Demandas Judiciais na Assistência Farmacêutica..... | 57 |
| 4.1.1 | <i>Direito à Saúde e Instrumentos Processuais para sua Efetividade</i> | <i>62</i> |
| 4.1.2 | <i>Órgãos, Instituições e Setores envolvidos nas demandas judiciais.....</i> | <i>64</i> |
| 4.2 | Os Tribunais | 68 |
| 4.2.1 | <i>Judicialização da saúde, com foco nas decisões dos magistrados do Tribunal de Justiça</i> | <i>73</i> |
| 4.2.2 | <i>O Judiciário e à Saúde: Uma contribuição para a Revolução Democrática da Justiça</i> | <i>80</i> |
| 4.2.3 | <i>A realização de tratamento de saúde</i> | <i>83</i> |
| 5 | CONCLUSÃO | 86 |
| | REFERÊNCIAS | 91 |

1 INTRODUÇÃO

A importância conferida nos dias de hoje ao tema que se convencionou a chamar, no Brasil, de “Judicialização do Direito à Saúde”, diz muito sobre todo o processo de planejamento e elaboração desta monografia que se caracteriza por contemplar um espectro variado de estudos sobre a “Saúde Pública compreendida na Assistência Farmacêutica”.

Levando-se em consideração que a saúde esta devidamente amparada como bem de relevância pública no texto da Constituição Federal de 1988 – CF/88,¹ principalmente nos dizeres do artigo 196, do mesmo modo que também se insere na seleta categoria das atividades cujo gerenciamento esta submetido ao duplo regime jurídico (público e privado), resta evidente a grande complexidade a qual se encontra esse setor. Desta maneira, o texto constitucional acaba promovendo o acoplamento estrutural entre política e direito, que, passa a influenciar de maneira bem intensa um ao outro, sem perder suas respectivas autonomias.

O artigo 6º da CF/88 também menciona, expressamente, que o direito à saúde é de fato um direito social, cabendo ao Estado o dever da sua implementação, destacando a dignidade da pessoa humana como principal e maior valor do Estado, a considerando como o núcleo constitucional máximo, em torno da qual circundam os demais direitos. Os direitos fundamentais seriam, pois, os guardiões da dignidade humana, incluindo ai os direitos sociais.

No cenário democrático atual, a judicialização da saúde expressa as reivindicações existentes e as maneiras de atuação legítimas dos cidadãos e das instituições, buscando efetivar os direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis nacionais e internacionais.

A vinculação entre Direito e Saúde coletiva vem se intensificando nas últimas décadas, com a consolidação de jurisprudências e em conjunto com as intervenções do Poder Judiciário na gestão de saúde, principalmente no que se diz respeito à Assistência Farmacêutica - AF. O processo judicial, tanto o individual como o coletivo, em face do Poder Público, se iniciou na década de 90, devido as inúmeras reivindicações que surgiram das pessoas vivendo com o Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – Aids, HIV/Aids, para medicamentos e procedimentos médicos. As reivindicações vieram embasadas no direito constitucional à saúde, incluindo em seus pleitos o dever do Estado de fornecer assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde - SUS, sob a responsabilidade conjunta da

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 2010.

União Federal, Estados e Municípios. A ampla e persuasiva estratégia utilizada pela advocacia empreendida pelas Organizações não-governamentais, em todo Brasil, acabou resultando numa jurisprudência até então favorável à responsabilização dos entes federativos no cumprimento imediato desta prestação estatal,² e em progressos nas políticas públicas de saúde às pessoas com HIV/Aids, em especial o acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais.³ De fato, é notório que este segmento conseguiu estabelecer uma relação positiva entre a efetividade do direito à saúde e o acesso à justiça.

Por sinal, os avanços das políticas públicas na época com relação à assistência às pessoas com HIV/Aids parecem ter motivado de alguma forma outros movimentos sociais organizados e a população em geral, tendo em vista, que, nas últimas décadas, a reivindicação judicial, como mecanismo que visa garantir os direitos e ampliar as Políticas Públicas, passa a ser largamente utilizada, ampliando, inclusive, a atuação do Ministério Público - MP.⁴

E nesse ambiente, admitindo a tutela judicial, o direito social à saúde, converteu-se em direito subjetivo, com o objetivo de cumprir a promessa constitucional de garantia de prestação universalizada do serviço de saúde, caso o Estado não venha a cumprir com as prestações materiais necessárias à sua completa realização para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, sem o qual não se imagina ser possível uma vida digna.

Isso significa que a redação constitucional acabou por ser capaz de influenciar as expectativas de uma sociedade que almeja e persegue a efetuação das promessas constitucionais, simplesmente por acreditar em sua sinceridade normativa. Tal conjuntura, se analisada dentro da vigência do plano prático e de acordo com a realidade, assume uma certa dramaticidade – o fato de saúde pública no Brasil não corresponder, na prática, com as previsões legais. Onde, o Estado ao repousar no argumento da deficiência orçamentária, esvai-se de seu dever, omitindo-se de sua obrigação de prover assistência à saúde de sua população. Nesse sentir, a falha na prestação da assistência farmacêutica caracteriza patente afronta ao direito fundamental à saúde, e é um fator que evidencia a insuficiência da estrutura do SUS.

² SCHEFFER, M.; SLAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no BRASIL por meio de ações judiciais*. Série Legislação n. 3. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

³ LOYOLA, M. A.. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciênc. Saúde Coletiva*. 2008, v. 13, supl. p. 763-778. 2008.

⁴ VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.. *Entre princípios e regras* (cinco estudos de caso de Ação Cível Pública), cadernos CEDES-IUPERJ, Rio de Janeiro, p. 1-47, jan. 2005.

Associado a escassez de recursos na área de saúde, o cidadão hoje mais consciente de seus direitos e sabendo sobre a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, busca como única alternativa a tutela jurisdicional para ver atendida a sua necessidade de saúde, através da propositura de ações, que vão desde aquelas pleiteando o fornecimento de medicações, à realização de tratamentos diversos, ou seja, o Judiciário tem sido provocado a coagir a Administração a cumprir o dever que a CF/88 lhe impõe, garantindo assim, o exercício do direito à Saúde.

As demandas judiciais individuais relativas a procedimentos e insumos de saúde contra entes públicos, tiveram um crescimento vertiginoso nos últimos anos. É curioso notar que a intensidade da demanda judicial das pessoas com HIV/Aids por sua vez sofreram acentuada redução, quando comparada à de outras doenças.⁵ Percebe-se todavia que houve avanços e melhorias nas políticas e ações públicas de AF; entretanto, ainda há dificuldades por parte da população de acesso aos medicamentos necessários à assistência integral à saúde, sobre o conteúdo e o modo de garanti-los têm sido o distanciamento entre o direito vigente na lei e o direito vivido na prática por milhões de usuários, em todo o mundo.

Alguns estudiosos do tema indicam que a relação estabelecida entre acesso à justiça e à saúde pode ser “um efeito benéfico na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados de incorporação, compra e distribuição de procedimentos terapêuticos pela rede pública”.⁶ Já os efeitos negativos desta atuação estão diretamente relacionados ao exponencial e persistente aumento da demanda judicial, aliadas as respostas instantâneas e insatisfatórias sem sequer análise crítica da demanda, pelos atores envolvidos.

A combinação e/ou junção de tais elementos podem causar um tipo de “disfunção nos sistemas”,⁷ com “o risco de se desenvolver a via judicial como principal meio para se garantir o acesso ao medicamento”⁸ e nesse contexto, gerar prejuízos significativos à efetividade (coletiva e individual) do direito à saúde, com violação de princípios éticos e legais importantes, como o acesso igualitário e a integridade física e saúde do demandante.

⁵ MESSEDER, A. M.; CASTRO, C. G. S. O.; LUIZ, V.L.. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 2, 2005. p. 525-534.

⁶ BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, mar., 2009. p. 829-839.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-100.

⁸ BAPTISTA, op. cit., p. 829-839.

Nessa perspectiva, diante da judicialização da saúde decorrente do descompasso existente entre as demandas da sociedade e as limitações do poder público, a dissertação encontra-se dividida em três capítulos obedecendo a seguinte lógica:

No primeiro capítulo inicia-se o trabalho com abordagem que envolve a evolução dos direitos sociais e a universalização do direito à saúde, garantido a partir da promulgação da CF/88, com um especial destaque para o conceito de saúde que evoluiu ao longo da história exigindo uma reflexão capaz de incorporar novos valores a todos os agentes envolvidos com sua prestação, implementando por meio de uma estrutura descentralizada administrada com base nas diretrizes pelo SUS. A restrição no que se refere à qualidade do atendimento decorre tanto dos desafios que caminham junto com o processo de descentralização da gestão e do atendimento das necessidades da sociedade, quanto em razão da reserva do possível, compreendida como marco excludente para o atendimento das demandas individuais.

Em seguida, no segundo capítulo discorre-se sobre a judicialização do acesso à saúde em especial no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Na sequência, uma explanação acerca da judicialização das relações sociais e da expansão dos campos de atuação do Poder Judiciário, onde se procura evidenciar que a expansão operativa do judiciário compreende-se como consequência de dois fenômenos aparentemente desconexos. Se por um lado revela uma peculiaridade própria da modernidade onde o descrédito quanto às instituições políticas privilegia um comportamento social mais solitário do que solidário quando o cidadão sede espaço ao sujeito de direitos, por outro fortalece a percepção segundo o qual o Estado providencial já não consegue dar conta de todas as demandas dele exigidas possibilitando que se transfiram para a justiça as esperanças de cidadãos desencantados.

E por fim, o terceiro capítulo, aborda a questão da judicialização de medicamentos nos tribunais como forma de acesso ao direito à saúde a partir de processos ilustrativos, que envolvem doenças terminais, com consenso sobre a necessidade de se proteger o acesso à saúde, demonstrando a tendência utilitarista para que as decisões nelas embasadas sejam consideradas legítimas e justas.

Portanto, busca o presente trabalho considerando esse contexto analisar a magnitude do direito a saúde e qual o limite da responsabilidade do Estado na promoção e garantia desse direito.

2 A SAÚDE

A Saúde esta diretamente relacionada ao estado de bem estar inerente a todo ser humano, de suma importância para a concretização dos outros direitos, no que se refere a uma vida digna. O direito à saúde é um direito fundamental que deve ser exercido e exigido, presente na segunda dimensão de direitos fundamentais, estando inserido nos direitos sociais de natureza positiva devendo assim ser preservado a todas as pessoas.

Neste capítulo será abordada a evolução conceitual da saúde, seu processo de estruturação, suas bases principiológicas e do direito de acesso a todos de sua obtenção, reconhecido e universalizado no Brasil a partir da promulgação da CF/88, ocasião em que se inseriu no leque dos direitos sociais. Na sequência, em conformidade com as peculiaridades da CF/88, disserta-se acerca do processo de descentralização da gestão em relação aos serviços de saúde e sobre a organização do SUS como política pública de saúde, constituindo a partir de um conjunto de normas e regras, por meio das quais se procura distribuir as competências entre os entes governamentais que serão responsáveis pelas prestações positivas necessárias a um satisfatório atendimento das demandas sociais por saúde; a fim de se concretizar a promessa constitucional que visa a universalização da saúde, analisando toda a sistemática de seu funcionamento e financiamento.

O capítulo é finalizado com uma abordagem acerca da teoria da reserva do possível que acaba impondo limitadores para as prestações do serviço de saúde por parte do Estado e nesse viés estabelece a imperiosa necessidade da definição de prioridades, com o intuito de otimizar e efetivar a aplicação dos recursos disponíveis, a fim de conseguir a prestação do serviço de saúde concretizado, o desafio está em compreender até onde vai a obrigação dos poderes públicos no quantum em prestações sociais.

2.1 Direito à Saúde - Universalização

A saúde, por ser premissa básica para o exercício da cidadania do cidadão, é de grande relevância para a sociedade como um todo, pois a saúde diz respeito diretamente à qualidade de vida, escopo de todo ser humano, na realização de seus direitos, podendo ser compreendida de duas maneiras: a saúde como diretamente dependente de variáveis

relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia; e a saúde como ausência de doenças.⁹

No que diz respeito a conceituação de saúde, a Organização das Nações Unidas - ONU, na Declaração dos Direitos do Homem¹⁰, reconheceu a saúde como direito humano. E, em 1946, se utilizou da Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS para definir o conceito de saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou agravos”.¹¹ Salienta-se ainda que tal conceito reconheceu a saúde como um direito fundamental de todo ser humano, independente de sua condição social ou econômica.

No campo filosófico, conforme Isabel Kuss e Mônica Airis,¹² coube ao filósofo Karl Marx a compreensão da saúde como um problema do Estado, uma vez que ela dependia da existência de harmonia entre diversos outros fatores, tais como: condições de trabalho, saneamento, moradia, alimentação, educação entre outros. No entendimento do pensador, no regime capitalista, o trabalhador - assalariado - sempre explorado não teria recursos o suficiente para suprir suas necessidades básicas de maneira digna e satisfatória, visto que parte da renda do seu trabalho, a mais valia, era apropriada por seu patrão, não retornando ao trabalhador como benefício. Nesse sentido, como crítico da estrutura socioeconômica vigente, Marx propôs uma alternativa em que o Estado assumiria as funções determinantes para o desenvolvimento das sociedades.

Fora da esfera científica e filosófica, disserta Ingo Wolfgang Sarlet,¹³ “os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.” Ou seja, esta tríade é colocada como cerne do princípio da dignidade humana, princípio este essencial como base para o fundamento do Estado Constitucional.

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v.22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

¹⁰ Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 2010.

¹¹ DALLARI, op. cit., p. 58.

¹² KUSS, Isabel do Rocio; AIRIS, Mônica Sotero da Silva Bueno. Fundamentos teóricos do direito à saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 698, p. 20-30, maio, 2005.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 90.

Isto posto na esfera jurídica, se insere o direito à saúde no rol dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se dessa forma de um direito público, subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Todavia, foi com a chegada da CF/88, que a saúde passou a realmente pertencer aos chamados direitos sociais, que se respaldam na igualdade entre as pessoas, sendo assim um direito do ser humano.

Entendido por boa parte da doutrina, os direitos sociais compreendem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto direitos defensivos (negativos), ainda que não seja estanque essa diferenciação. Assim, a partir do momento em que da literalidade do texto da Constituição se extrai uma norma, a qual reconhece um direito como fundamental, há impreterivelmente a atribuição de uma determinada posição jurídico-subjetiva a uma pessoa individualmente considerada ou a uma coletividade, em que se pondera ter como objetivo uma determinada prestação do Estado.

No tocante ao direito à saúde, interessante a abordagem de Ricardo A. Dias da Silva¹⁴, que expõe:

“Num momento inicial, em primeira dimensão, a saúde apresenta característica nitidamente individual, cumprindo a atuação estatal a finalidade de proteção da vida do cidadão, por ação ou omissão, respondendo civilmente pela violação desse direito. Relativo à segunda dimensão, percebe-se que a saúde adquire uma roupagem social, buscando assim o Estado igualdade na prestação de serviços de saúde pública, construindo hospitais, fornecendo medicamentos, notadamente pelo sistema único de saúde, para os mais necessitados.”

O direito à saúde uma vez inserido dentro destas características, não há de ser considerado somente quanto aos indivíduos, pois é fato que o direito à saúde é antes de mais nada um direito associado aos valores da sociedade, um valor jurídico e um bem protegido pelo estado.

A CF/88 menciona, em dois momentos distintos, o direito à saúde: no “caput” do artigo 6º, elencando-o como um direito social, e do artigo 196 ao artigo 200, onde são trocadas mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado, as diretrizes da promoção à saúde e fica estabelecida a criação e as atribuições do SUS.

¹⁴ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Por sua vez, o artigo 6º da Constituição Brasileira, ao afirmar que o direito a saúde é um direito social, ressalta a importância do mesmo, uma vez que ele extravasa a mera esfera jurídica individual e se volta a um número indeterminado de pessoas, além do fato de que o qualifica normativamente, como um direito fundamental merecedor de mais proteção e poder de efetivação pelo Estado. Ademais, conforme estabelece o artigo 5º, §1º, desta mesma Carta Magna, os direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata. Assim, se o Estado se omitir na implementação dos direitos sociais fundamentais, poderá ser condenado a fazê-lo através de decisões judiciais ao que se denomina “Judicialização do Direito à Saúde”.

Discorrendo sobre esse caráter do Direito a saúde, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filantiner Figueiredo¹⁵ asseveram:

“Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma necessariamente inclusa do artigo 6º, §4º, IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, §1º, da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direito sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.”

Para a Carta Magna a universalidade trata de um princípio filosófico do sistema de saúde e se expressa no texto constitucional da seguinte forma:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filantiner. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 186-187.

Destarte, faz-se necessário uma análise sobre cada um dos elementos presentes no artigo supracitado. No tocante ao “Direito de todos”, pode-se identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde.

No que tange a dimensão individual do direito à saúde, foi elencado pelo Ministro Celso de Melo¹⁶, relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS, tal questão:

“AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1) FALTA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL. 2) DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CIRURGIA URGENTE: INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ART. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO. 3) REEXAME DE FATOS E PROVAS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL. 4) LEI ORÇAMENTÁRIA MUNICIPAL: AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.”

No qual, o Ministro assevera o direito à saúde como um direito público subjetivo, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, assegurado à generalidade das pessoas. Salienta ainda o Ministro que “a interpretação da nossa programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, imputando um dever de prestação positiva por parte dos entes federados. Finaliza afirmando que “essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestação de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF/88, artigo 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional.

Dando seguimento, destaca-se o “Dever do Estado”, momento em que o dispositivo Constitucional deixa claro para além do direito fundamental, à saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municipal). Assim, delineia-se sobre o dever do Estado de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à recuperação, à promoção e a proteção da saúde. A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta no artigo 23, II, da CF/88, sendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. RE 271.286-8/RS. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 02 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

No fragmento “Garantindo mediante políticas sociais e econômicas”, é enfatizado, de forma bastante concisa, a eventual necessidade de criação de políticas públicas que buscassem garantir o direito à saúde por meio de políticas sociais, econômicas e alternativas alocativas.

Na parte que dista “Políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” é necessário se ter em mente que a elaboração de tais políticas devem visar à diminuição do risco de doença e conseqüentemente de outros agravos, corroborando sua dimensão preventiva. Nessa sequência foram indicadas como prioritárias as ações preventivas na área da saúde pelo artigo 198, II, da CF/88, e atendem ainda aos seguintes princípios, que informam a melhor maneira para sua atuação no sentido de propiciar a saúde à população, como elencado nos incisos I e II do artigo 7º da Lei nº 8080/90¹⁷:

“I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;”

“II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;”

Considerando tal acepção, a universalidade objetiva garantir a acessibilidade da totalidade dos serviços na área da saúde, sejam eles públicos ou privados, contratados pelo Poder Público. Em 1988, a Constituição versou que o Estado fica responsável não somente pela regulamentação e fiscalização, como também pelo planejamento das ações e serviços necessários, por órgãos federais, estaduais e municipais, de administração direta ou indireta a fim propiciar a universalização do direito ao acesso gratuito; responsabilizando-se também pelas fundações mantidas com recursos do poder público; pelas entidades filantrópicas; e pela contratação, em caráter complementar de hospitais privados, de clínicas e laboratórios.

Mais a frente, ainda nos dizeres do artigo, tem-se o seguinte trecho “Políticas que visem ao acesso universal e igualitário”, que destaca o princípio do acesso igualitário e universal reforçando a responsabilidade solidária dos entes Federativos, assegurando, inclusive, a “igualdade de assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” conforme aduz o Art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Concluindo, analisa-se o último trecho do citado artigo, “Ações e serviços para promoção, proteção e recuperação”, onde se permite aferir que o estado do direito à saúde no Brasil, no que concerne aos problemas de eficácia social desse direito fundamental, estão muito mais ligados à assuntos de implementação das políticas públicas de saúde já existentes, o que complica também a composição dos orçamentos que são repassados aos entes da Federação, do que à falta de legislação específica. Em outras palavras, o problema não é de ausência, mas sim de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Emenda nº 29¹⁸ representou uma grande mudança, sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff, ao fim de 2011. Tal emenda fixou percentuais a serem aplicados pelos entes federais na área da saúde, o que reveste este direito de características de política pública, juntamente com a educação. Com a sanção da emenda buscava-se a estabilidade no funcionamento da saúde, com o objetivo de evitar/extinguir desvios de recursos originariamente destinados à saúde. Por mais que venha tendo significativas melhorias no sistema de saúde, é notório que o sistema ainda não cumpre satisfatoriamente sua finalidade.

Atualmente, doenças como câncer, complexas, e de difícil tratamento, que acabam por exigir medicamentos de pesquisas de ultima geração e consequentemente de alto custo, geram ao sistema público demandas, que desfalcam substancialmente em seus orçamentos. Nesta conjuntura, diante da necessidade da população em frente à possibilidade de fornecimento, é que surgem as demandas judiciais, nas quais na maioria das vezes o Poder Judiciário compele o Poder Executivo a cumprir seu dever constitucional.

Levando-se em consideração a real necessidade de desenvolvimento do Estado, para que se consiga garantir o direito à saúde, deve-se atingir o equilíbrio entre igualdade e liberdade. Não sendo suficiente apenas declarar que todos tem direito, faz-se necessário que a “Constituição organize os poderes do Estado e a vida social de forma a assegurar a cada pessoa seu direito”.¹⁹

¹⁸ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2011*. Dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

¹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v.22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Haja vista a organização federativa do Estado brasileiro, e também as desigualdades regionais, a crescente participação popular surge como fator preponderante no auxílio a conceituação de saúde, pois somente a comunidade seria capaz de descrever a extensão do conceito de saúde e determinar até onde vai o alcance da liberdade e da igualdade que ao interagir com seu nível de desenvolvimento, proporciona um suporte e fundamenta seu direito à saúde.

Colocando o direito à saúde dentro destas características, não há de se considerá-lo tão somente no que diz respeito ao indivíduo, pois o direito à saúde é primeiramente um direito concatenado aos valores da sociedade, com um valor jurídico e um bem tutelado pelo Estado.

2.2 Gestão da Saúde no Brasil

A CF/88 é pródiga em direitos de variados matizes, desde as clássicas garantias liberais até individuais, sem esquecer-se da imensa gama de prestações sociais. Pode-se dizer que as garantias constitucionais abrangem varias temáticas tais como segurança, liberdade, erradicação da pobreza, educação, meio ambiente saudável, saúde, dentre outros.

Entretanto a peculiaridade da CF/88 não está apenas no rol de direitos, mas na sua formação, baseada na vontade de constituição vivenciada pela sociedade civil,²⁰ que passa a perceber o texto constitucional como um projeto de país que deve ser dotado, e não apenas como uma promessa abstrata, e observa ainda que além da vigência normativa, existe uma vigência sociológica.²¹

Isso significa que as normas constitucionais assumiram no que dista sobre a finalidade de sua aplicação um dever de ser capaz de influenciar as expectativas das pessoas dentro da sociedade, que almejam e perseguem a confirmação das promessas constitucionais, por acreditarem em sua sinceridade normativa. Devido a isso, a Constituição passa a difundir a ideia de um texto jurídico que, realmente, fixa a Constituição política de Estado;²² ou seja, o

²⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19-20.

²¹ CAMPOS, Germán Bidart; HERRENDORF, Daniel. *Principios de derechos humanos y garantias*. Buenos Aires: EDIAR, 1991. p.76.

²² LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.). et. al. *II Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 85.

texto constitucional procura adequar e promover o acompanhamento estrutural entre direito e política, que, sem que suas respectivas autonomias sejam modificadas, passam a influenciar de modo intenso um ao outro.

Há de se falar também, nos princípios organizacionais pautados na descentralização em relação aos serviços de saúde – redistribuição das responsabilidades e de recursos entre os entes federados, regionalização e hierarquização da rede – distribuição espacial dos serviços prestados com o objetivo de atender às principais necessidades da população por regiões e em diferentes níveis de complexidade; e quanto a participação social – ocorre a institucionalização, na área de saúde, da democracia participativa e do consequente controle social, com a obrigatoriedade de constituição e de fundamento de conselhos de saúde, nos três níveis do Governo.

A Saúde no Brasil, contemplada na Seção II, do Capítulo II do Título VIII que trata da ordem social, faz jus ao seu destaque na CF/88 como um direito de caráter social e de natureza fundamental previsto no artigo 6º da normativa. Leciona a doutrina de Bonavides²³ que os chamados direitos fundamentais são aqueles institucionalmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cada Estado e por eles positivados, consolidando-se em vista disso no seio do contexto constitucional em que, por conseguinte, foram assegurados. Porém a reconhecida hegemonia do direito à saúde resulta da simples compreensão de que, quando indefeso, produz consequências ao indivíduo que impedem o exercício de todos os demais.

No artigo 7º da CF/88, dois de seus incisos tratam da saúde: o inciso IV indicando que o salário mínimo percebido pelo trabalhador deve ser capaz de suprir suas necessidades básicas vitais e de sua família, incluindo-se a saúde, e o inciso XXII que assevera sobre as ações necessárias a fim de reduzir os riscos inerentes ao trabalho mediante a adoção de normas de saúde, higiene e segurança. O inciso II do artigo 23, confere à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios a competência comum para resguardar e cuidar da saúde, tendo em vista que o inciso XII do artigo 24 noticia que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência de maneira concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Pelo artigo 30, inciso VIII, atribui-se aos Municípios a competência para prestar à população, com a assistência técnica e financeira do Estado e da União, serviços de atendimento à saúde.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Por força dos dizeres nos artigos 196 e 197, são serviços classificados como de relevância pública cuja execução deve ser prestada diretamente pelo poder público, por terceiros habilitados mediante autorização ou por instituições de direito privado de maneira complementar, e se destinam a reduzir os riscos de contágio de doenças e de outros agravos de qualquer natureza que possam vir a impactar a saúde dos indivíduos. No artigo 198 restou estabelecido o modelo a ser observado na implementação dos serviços de saúde.

O artigo 199 cuida da atuação de caráter complementar a ser realizada pelas instituições privadas, enquanto que o artigo 200 lista as atribuições do Sistema Único de Saúde, assim dispostas: a) controlar e fiscalizar todos procedimentos, produtos e substâncias caracterizadas como insumos de interesse para a área de saúde; b) zelar pela saúde do trabalhador e tratar das ações da vigilância sanitária; c) conduzir a formação de recursos humanos para a área da saúde; d) colaborar na formulação da política de saneamento básico; e) incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos; g) controlar e fiscalizar não só a produção como também o transporte de substâncias; h) participar na proteção ao meio ambiente.

Destarte, é notório o reconhecimento da saúde como um direito, contudo tal reconhecimento possui 2 (duas) importantes repercussões e/ou consequências práticas: a possibilidade do cidadão postular judicialmente, de forma individual ou coletiva, o cumprimento da obrigação estatal; e a responsabilidade ética e legal do poder público de formular e implementar ações que garantam o acesso das pessoas aos serviços de atenção a saúde.

Complexa se apresenta a conjuntura atual em função das enormes dificuldades decorrentes da falta de uma gestão mais qualificada. Com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998,²⁴ passou para alçada Constitucional o contrato de gestão, com previsão no artigo 37, §8º: “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.”

²⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

Em outras palavras, o texto constitucional passa a induzir os gestores da saúde a implementar e formular políticas e ações de saúde, por via de um grande conjunto de instruções e normas administrativas que distam a respeito dos mais variados aspectos da seleção, aquisição, programação, distribuição e dispensação de medicamentos. Sendo em sua maioria normas de origem federal.²⁵

De acordo com a instrução constitucional, as ações de saúde no Brasil, efetivam-se através de um sistema único integrado as 3 (três) esferas de governo, ficando estabelecido para cada uma delas um conjunto de responsabilidades e atribuições a serem efetuadas em obediência aos princípios da integridade, universalidade, igualdade e participação comunitária, se estendendo tanto aos serviços diretamente prestados pelo poder público quanto aos serviços realizados por particulares devido a contratos ou convênios. Deve-se compreender a universalidade como premissa de inclusão, uma vez que a intenção dos legisladores foi de instituir uma garantia que gerasse benefícios para toda a sociedade. A integralidade, por outro lado, alcança o dever atribuído ao poder público de disponibilizar serviços integrais, capazes de atingir quaisquer patologias por mais raras ou graves, independentemente das eventuais despesas que o apropriado tratamento possa gerar. A igualdade, por seu turno, presente no núcleo formal da estrutura constitucional, artigo 5º, inciso I, procura nos seus termos privilegiar a isonomia da atenção, enquanto a participação comunitária encontra-se ligada à democratização e a descentralização das decisões e iniciativas atinentes à saúde.

Convém ponderar que foi com o advento da CF/88 que o direito à saúde se tornou universal, desencadeando discussões no tocante a sua auto aplicabilidade resultante do eventual caráter programático que a regra instituída pudesse apresentar. Já os que defendem a efetividade plena da norma constitucional tinham como argumento que se tratava de direito hábil de ser reivindicado de forma efetiva e imediata, tendo encontrado amparo na decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286-RS²⁶ que fora lavrado pelo Ministro Celso de Melo:

“O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários os entes políticos que compõe, no plano

²⁵ PEPE, Vera Lúcia Edaiset al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, mar. 2010.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. *RE 271.286-8/RS*. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 02 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira legítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Depois de superada a controvérsia, a então inovação trazida pela Carta de 1988 designou ao Poder Público a função de prestar atendimento às pessoas que, até então, estavam excluídas do acesso à saúde, ocasionando um enorme acréscimo das demandas, que acabou contribuindo para aumentar as dificuldades, relacionadas à implementação de políticas públicas, enfrentadas na área de saúde.

Na apropriada interpretação de Patrícia Ribeiro²⁷ os empecilhos de natureza gerencial, técnica, financeira, orçamentária entre outras, “restringem ou retardam as possibilidades de que as ações praticadas no ambiente de gestão pública do SUS conduzam a uma atenção universalizada, humanizada e de qualidade na efetivação do direito à saúde” sendo que todas as atribuições por sua vez deveriam ser desempenhadas dentro de um sistema que ainda não foi capaz de superar os eventuais desafios da descentralização.

Sabe-se, porém, que no Brasil o movimento democrático e desenvolvimentista incluiu a redistribuição e a descentralização de forças e competências na reforma sanitária brasileira consolidada por meio do SUS.

Luiz Fernando Abrúcio²⁸ reforça que 5 (cinco) questões fundamentais devem ser devidamente equacionadas em qualquer modelo de descentralização: “A constituição de um sólido pacto nacional, o combate às desigualdades regionais, a montagem de boas estruturas administrativas no plano subnacional, a democratização dos governos locais e a criação de um ambiente intergovernamental positivo”. Para a constituição de um sólido pacto nacional necessita-se do estabelecimento e da busca de objetivos, que deverão ser definidos consensualmente entre todos os entes da federação cabendo a cada um desses entes um conjunto de intervenções que irão se integrar de forma sistêmica, tendo em vista o possível

²⁷ RIBEIRO, Patrícia. Direito à Saúde: uma questão de respeito. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SAÚDE COLETIVA, 8, 2006. Brasília, 2006.

²⁸ ABRÚCIO, Luiz Fernando. Para além da descentralização: Os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (Org). *Democracia, Descentralização e Desenvolvimento*: Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

enfrentamento de dilemas básicos na busca da solução de prioridades conjunturais eleitas pela sociedade.

Assim sendo, constitui condição imprescindível, a implementação de políticas redistributivas capazes de beneficiar as localidades mais carentes de recursos e infraestrutura, para mitigar as diferenças socioeconômicas. No caso da saúde em si, a ação descentralizada vem sendo prevalecida, exigindo, entretanto, a participação complementar de todos os entes da federação, porque é fato que o sucesso que se pretende alcançar por meio da transferência das responsabilidades depende em sua grande parte, da estruturação de um bom arcabouço gerencial justamente nos níveis inferiores de intervenção.

2.3 Sistema Único de Saúde – Bases Jurídicas

Em 1988 foi instituído SUS²⁹, que fora publicado na CF/88, momento em que se delineou nos artigos 196 a 200 o estabelecimento da saúde como dever do Estado e direito de todos. Trata-se de um sistema de saúde, hierarquizado e regionalizado, que compõe o conjunto das ações de saúde da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, onde são demandadas a cada parte competências específicas e funções a serem cumpridas, todavia articuladas entre si, o que caracteriza na esfera governamental os níveis de gestão do SUS.

Por conseguinte, depois de ter a Constituição Federal entrado em vigor, em setembro de 1990, foi aprovada Lei Federal nº 8080/90, a Lei Orgânica da Saúde – LOS. Tal Lei define a estrutura e o modelo operacional do SUS, estabelecendo a sua forma de organização e propondo a sua forma de funcionamento. No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde - MS; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente, conforme aduz o artigo 9º a Lei nº 8.080/90.

Esclarecido o fato de que todas as esferas de governo são competentes, conclui-se que deverá haver entre elas cooperação, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional” assim previsto na CF/88. Porém a competência comum não quer dizer, que todos detenham a competência irrestrita em relação a todas as questões, como se a Constituição fosse a superposição entre a atuação dos entes federais. Pois caso isso

²⁹ SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios. Disponível em: <http://portugal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edição_completo.pdf>. Acesso em 15 abr. 2015.

ocorresse, acarretaria na prestação dos serviços de saúde uma grande ineficiência, com a destinação de recursos federais, estaduais e municipais para realização das mesmas tarefas.

O SUS, por ser responsável pela garantia do exercício do direito à saúde, tem o direito universal e o dever do Estado como suportes doutrinários conforme aduz o artigo 196 da CF/88; possuindo também a integralidade das ações de saúde, a descentralização, com direção única em cada esfera de poder e a participação da sociedade como dista o artigo 198 também da CF/88. Dito em outras palavras, trata-se de um sistema unificado, regionalizado, com atribuições definidas pelo Governo, financiamento compartilhado e áreas de competências e abrangências firmadas.

A saúde no SUS passa ter estatuto de relevância pública tal como previsto no artigo 197 da Carta Magna, que define a competência do poder público na regulação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. O artigo 199 do mesmo dispositivo franqueia à iniciativa privada a participação nas atividades de saúde. As áreas de atuação e competência dos órgãos do sistema de saúde são definidas no artigo 200 também da Constituição. Segundo este dispositivo, o controle, fiscalização, execução e ordenamento das políticas, ações e programas referentes a itens diversos, tais como alimentos, medicamentos, equipamentos, saneamento básico, formação de recursos humanos para a saúde, e meio ambiente são atribuições do SUS.³⁰

A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, dispõe nos artigos 6º. Inciso I, alínea “d” e 7º, incisos I e II, no tocante às atribuições do SUS, foi neste contexto que se buscou descentralizar as ações de assistência farmacêutica através da instauração da Política Nacional de Medicamentos - PNM, aprovada pela Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, definida pelo MS como: “uma política que tem como meta a garantia da necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, bem como a promoção do uso racional pela população dos medicamentos considerados essenciais”.

Desde a implantação da PNM, iniciativas a nível estadual e municipal têm sido estimuladas pelo MS, buscando a qualificação do gerenciamento da AF, cujo objetivo

³⁰ SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios. Disponível em: <http://portugal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edição_completo.pdf>. Acesso em 15 abr. 2015.

precípua é otimizar os recursos para assistência integral, ampliar o acesso e favorecer o gerenciamento informatizado da AF.

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;”

Deixa clara a ideia de que o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. E que a saúde, como bem fundamental, tem como fatores condicionais e determinantes, entre muitos, a moradia, a renda, o trabalho, a educação, e também, aquelas ações que se destinam a garantir as pessoas e a coletividade.

O Ministério da Saúde, com o propósito de impulsionar a AF no âmbito do SUS, elaborou uma listagem de medicamentos, à qual atribui à designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME”, que devem estar disponíveis em toda a rede. A formulação do RENAME, assim como sua periódica atualização - que é determinada pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria³¹ MS 3916/98, deve observar as enfermidades à saúde de maior relevância, respeitadas as diferenças regionais do país, levando em consideração diversos parâmetros, tais como: a demonstração da segurança e da eficácia do medicamento; a vantagem de maior eficácia, maior segurança em relação à opção terapêutica já disponibilizada, ou ainda menos custo; e o oferecimento de concorrência, como estratégia de mercado, dentro do mesmo subgrupo. A portaria³² nº 698/GM de 30 de março de 2006 que define o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na CF/88 e na Lei Orgânica do SUS, dispõe: “Art 1º-Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.”

³¹ BRASIL. *Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998/MS*. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

³² BRASIL. *Portaria Nº 698/GM de 30 de março de 2006*. Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/LEGIS/PortGM_698_30marco_2006.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

O elevado consumo de medicamentos no Brasil, associado ao baixo poder aquisitivo da população brasileira, é um entrave para as ações de saúde. Esta situação amplia a responsabilidade das três esferas de gestão: federal, estadual e municipal, as quais cabem estabelecer mecanismos que assegurem, além do acesso aos medicamentos o seu uso racional.

“Art. 2º Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados.”

O surgimento dos blocos de financiamento simbolizou um esforço em conduzir a AF em uma direção mais eficaz e de melhor qualidade.

“Art. 3º Ficam criados os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica;

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.”

De acordo com os blocos estabelecidos algumas prioridades foram definidas, dentre elas: promoção do uso racional de medicamentos, Organização de Vigilância Sanitária de medicamentos, revisão permanente da RENAME, e a reorientação da assistência farmacêutica fundamentada na descentralização da gestão, eficácia e otimização do sistema de distribuição no setor público e no desenvolvimento de iniciativa que possibilitem a redução dos preços dos produtos.

“Art. 16. O Bloco de Financiamento para a Assistência Farmacêutica é constituído por quatro componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional e Componente de Organização da Assistência Farmacêutica.”

Nota-se, diante disso, que fora essa relação de medicamentos básicos existem diversos programas de distribuição de medicamentos na rede pública, voltados para segmentos específicos. Os recursos financeiros necessários à implementação das intervenções relativas à saúde, em sua grande maioria são arrecadados pela União e repassados aos entes da federação cuja aplicação se sujeita à fiscalização dos conselhos de saúde, constituídos por

determinação do artigo 33 da Lei Federal nº 8.080/90. A Lei Federal nº 8.142/90,³³ por seu turno, institui o fundo Nacional de Saúde e estabeleceu o repasse automático aos entes da federação dos recursos necessários à cobertura das ações implementadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Consequentemente, o aporte adicional de recursos não foi suficiente para tolerar os custos e investimentos necessários para suportar uma demanda que não para de crescer.

Sob todos estes aspectos a realidade tem revelado incontáveis demandas cuja realização fica limitada por restrições de natureza orçamentária, obrigando o poder público a estabelecer prioridades definidas nas respectivas leis orçamentárias. O aumento do descompasso entre aquilo que precisa e o que pode ser feito efetiva-se no momento em que o planejamento elaborado e compromissado nas leis orçamentárias deixam de ser executados pela necessidade de priorizar o atendimento as determinações estabelecidas pelo poder Judiciário, alimentando o debate em torno da reserva do possível.

2.4 A Teoria da Reserva do Possível e suas implicações no Direito à Saúde

Sob o aspecto teórico, desenrola-se um debate da questão crucial em face da carência de meios para promover necessidades de forma adequada, em torno daquilo que se poderia denominar o mínimo indispensável à dignidade da vida humana – à saúde, por constituir dentro do ordenamento Constitucional, nos dizeres de Rogerio Gesta Leal.³⁴

“uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais: à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Observa-se, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconomicamente e culturalmente é que constitui a sua finalidade precípua, a atividade de natureza patrimonial, ou seja, desempenhar as atividades de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, buscando meios materiais para que possa prestar os serviços de

³³ BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

³⁴ LEAL, Rogerio Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição, serafim: Limites e possibilidades. *Revista de direito Público*, Brasília, n. 38, p. 50-70, ago., 2006.

interesse geral que lhe são atribuídos. Visando, no entanto, atender as necessidades públicas com racionalização no uso dos recursos, racionalização essa essencial no direito à saúde, privilegiando a igualdade com a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam. Assim, o indivíduo é livre para procurar um completo bem estar físico, mental, social e para, adoeendo, participar do estabelecimento do tratamento, sendo a auto determinação e a autonomia da vontade que incorporam o conceito de dignidade, “considerando-a como liberdade de escolher de acordo com a sua razão e de agir conforme seu entendimento”.³⁵

Mas, dando sequência ao seu raciocínio o autor pretende sustentar que no Brasil, o projeto político constitucional e o projeto político econômico, é que criam o conflito terminando na jurisdição. Consequentemente, é por meio de condutas estatais vinculadas aos comandos previamente delimitados que se pretende reduzir o abismo entre: “validade e facticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no país”.³⁶

Tem-se claro, nos itens anteriores deste capítulo, que a CF/88 não serve apenas como ordem jurídica procedimental para o poder estatal, possui uma função de documento capaz de integrar a comunidade na construção de uma consciência política, tendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre seus fundamentos. Existindo, assim, uma grande preocupação social, devendo o Estado implementar ações sociais voltadas para o bem comum, no intuito de realizar a justiça social e abrir espaço para o Estado Social de Direito, um estado de compromisso, que busca “conciliar num plano de mediação e justiça os interesses mais opostos da sociedade, do Estado e do indivíduo, sem conceder a nenhum destes elementos o primado axiológico absoluto.”³⁷

É correto que o “conjunto de normas emanadas da atividade legislativa estatal é que regula a atividade sanitária e define os meios de que o Estado dispõe para concretizar o

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana*. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 3 ed. Porto alegre: Livraria dos Advogados; 2004. p. 190.

³⁶ Ibidem. p.191.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. O Estado social e a Tradição Política Liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 53, p.73-75, jul. 1981.

sistema de saúde”.³⁸ Mas, esta validade e facticidade que envolve o Estado e Sociedade até parece aceitável, vez que o direito não se distancia da realidade, a ele não é dado pretender o absurdo. O que ocorre é uma “redução da esfera de atuação da norma”, acabando por acarretar uma efetiva diminuição de eficácia, e um consequente enfraquecimento do sistema protetivo dos direitos.³⁹

A própria Declaração Universal da ONU (1948), em seu artigo 1º estabelece que “todos seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. No mesmo sentido Ricardo Lobo Torres afirma:⁴⁰

“[...] o mínimo existencial não é um valor, por não possuir generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade [...] também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie* [...] O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.”

Filósofos e juristas por sua vez, defendem a ideia de que cabe ao Estado a garantia do mínimo existencial, ou seja, a preservação dos direitos básicos das pessoas, não sendo necessária que haja intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que se deve avaliar o binômio necessidade/capacidade, pois esse mínimo depende de tal avaliação, porém não apenas do fornecedor, mas também, é importante que se avalie a quem fora prometida a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, diante do princípio da dignidade humana e por sua força, vem sendo reconhecido pela jurisprudência, que todo ser humano detém o direito ao mínimo existencial, o que significa dizer, direito aos meios que possibilitem a satisfação de suas necessidades, entre as quais a necessidade de ter saúde.⁴¹

Consoante a este entendimento, nas palavras de Ana Cristina Kramer:⁴²

“[...] a Constituição Federal de 1988 também trouxe o mínimo existencial, ou o piso mínimo normativo e suas garantias. Para Barroso, este ‘padrão mínimo’ no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores

³⁸ OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; DELDUQUE, Maria Célia. Tijolo por tijolo: a constituição do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica do direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2009. p. 106.

³⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais sociais*. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 164.

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 316.

⁴¹ KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Porto Alegre. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/AnaKramer.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

⁴² Ibidem.

problemas, ser ordenado por parte do Judiciário. Para ele ‘a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte’.”

Essa denegação dos serviços essenciais de saúde por parte do Estado, tendo por justificativa “os argumentos comuns da falta de Verbas e da ausência da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos”, principalmente na área de fornecimento de medicamentos de alto custo em saúde, quando o bem maior da vida humana é que está em jogo, acaba-se por equiparar à condenação a uma pena de morte.⁴³

Dando continuidade ao seu entendimento autor Andreas Krell⁴⁴ acredita que aqueles que veem a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais como dependentes dos recursos econômicos- uma “elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetíveis de ser mobilizado” – fazem com que a disponibilidade orçamentária seja considerada como verdadeira barreira à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

No Direito, passa a ser considerado elemento intrínseco, a questão da escassez de recursos, para aqueles que defendem que “não existem direitos se não houver meios econômicos para torná-los efetivos”. Portanto, não há influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, existe, sim, uma prevalência daquela sobre esta.⁴⁵

Entende-se, que só poderá ser exigível judicialmente, se a previsão orçamentária albergar aquela prestação fática, assim não existiria direito a saúde para além desses limites previamente estabelecidos. É importante considerar que, além da previsão legal para a prestação de um direito, deve-se alertar para os recursos materiais disponíveis para o atendimento destes. Sustentam que os juízes não teriam capacidade cognitiva para garantir a efetivação destes direitos sociais tratando-se de questões orçamentárias e políticas públicas.

Em se tratando da prestação de AF de tratamento médico, em geral, sabe-se que a reserva do possível, relaciona a disponibilidade de recursos materiais existentes para um eventual cumprimento de condenação do poder público, no que diz respeito à possibilidade

⁴³ KRELL, Andreás Joachin. *Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 64-65.

⁴⁴ Ibidem. p. 64-65.

⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 187.

financeira do Estado. Duciram Van Marsen Farema,⁴⁶ citado pelo Juiz Federal George Marmelstein Lima nos autos da Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo MP. Federal em face da União, do estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza-CE argumenta:

“As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisados com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem social; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômico que opera, na verdade, como uma anti-constituição, contra tudo o que a Carta Consagra em matéria de direitos sociais.”

Neste sentido, da mesma forma em que não existem dúvidas de que a assistência farmacêutica está compreendida, no conceito de mínimo existencial, também não existe qualquer dúvida de que é o postulado da reserva do possível o mais visível limite à atuação judicial. Sendo também o mais complicado de ser limitado principalmente quando diz respeito à possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial. Pois, todos os direitos são possíveis de tutela imediata quando classificados constitucionalmente como fundamentais.

De um modo geral, em suas decisões, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários, e nem mesmo com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento, o que em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada a reserva do possível.

Porém, ao se buscar dar efetividade a um direito fundamental que signifique em grandes dispêndios de recursos financeiros aos poderes públicos. Tratando-se de obrigação de fazer no caso, a dispensação por ordem judicial de uma medicação, de alto custo que a Classificação Internacional de Doença - CID não contempla a patologia do usuário, sabendo que esteja dentro da reserva do possível, ou seja, tem a medicação, só que não é usada para aquela determinada patologia; mas foi o médico assistente que prescreveu para dar continuidade ao tratamento e cura ao usuário. Com isso, exige novos procedimentos administrativos para compra desse medicamento, ou mesmo, procedimentos de dispensação de uma medicação que não foi feito um estudo de caso para este tipo de patologia. Não se

⁴⁶ FAREMA, Duciran Van Marsen. A saúde na Constituição Federal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, Brasília, n. 4, maio, 1997. p. 12-14.

pode deixar que o direito à saúde não seja efetivado sob a fundamentação de que a realização de tal despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador.

Verifica-se, portanto em razão da reserva do possível, que o magistrado não pode ficar em sua decisão indiferente quanto à viabilidade do material, no que diz respeito em matéria de saúde. É necessário analisar se sua ordem é passível de atendimento para não colocar em risco o equilíbrio financeiro do SUS e a saúde do usuário em momentos de crises econômicas. Pois, somente será possível conciliar o respeito à ordem jurídica a exigências da burocracia administrativa, com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.

No tocante a tais limitações administrativas, é feita a diferenciação entre a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica, conforme entendimento de Marcos Masseli Gouvêa.⁴⁷ Ao contrário das omissões estatais, as garantias estatais positivas geram um grande gasto de recursos públicos, e sabendo que esses recursos são finitos em oposição às necessidades que buscam suprir, tem-se a dificuldade de satisfação desses direitos.

Doutrinariamente, classifica-se essa limitação de recursos, como reserva do possível fática, pois muitas vezes, podem até existir os recursos financeiros, contudo não existe previsão orçamentária que os destinem ao suprimentos desses interesses, ou licitação que torne possível a aquisição dos medicamentos, a esse fato dá-se o nome de reserva do possível jurídica.

É importante também destacar sobre o tema a manifestação de Ingo Wolfgang Sarlet:⁴⁸

“Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos [...] em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte,

⁴⁷ GOUVÊA, Marcos Msseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. 2010. Disponível em: <<http://www.nagib.net/texto/varied16.doc>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenado à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.”

Não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

Dentro desse ditame, tem-se que o cotejo do direito ao mínimo existencial e da denominada reserva do possível parece-nos um critério insuficiente para apreciação de pedidos de fornecimento de medicamentos. Até mesmo a isolada necessidade de um paciente, o Estado sempre se mostrará detentor de recursos suficientes para cumprimento da obrigação, ainda que assim não fosse, a possibilidade de atendimento da pretensão do paciente deve ser aferida com base nos elementos efetivamente demonstrados no processo.

Neste debate do direito à saúde, com celeuma (discussão, conflito, problema) entre o mínimo existencial e a reserva do possível, é fundamental ao judiciário o conhecimento multidisciplinar quanto aos medicamentos, e, é prudente que o magistrado se atente para o caso concreto. É o que defendem autores como Luis Roberto Barroso⁴⁹ e Ingo Sarlet,⁵⁰ segundo os quais o direito à saúde não é de eficácia absoluta.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-100.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

3 A JUDICIALIZAÇÃO – O JUSTO

O primeiro capítulo deste trabalho tratou sobre a universalização do direito à saúde, que passou a ser reconhecido no Brasil a partir da promulgação da CF/88, cuja implementação e efetivação se dá por meio de prestações positivas a cargo do Estado que atua por meio do SUS. Foi abordado dentre desse ordenamento constitucional, a questão da carência de meios para prover necessidades de forma satisfatória e adequada a população, em torno daquilo que se poderia denominar o mínimo indispensável à dignidade da vida humana – a saúde.

Não obstante, ao se considerar que na área de saúde a oferta de serviços não vem sendo suficiente para que se consiga atender toda a demanda, constata-se que uma significativa parcela da população não está sendo adequadamente atendida, o que acaba por culminar ao encaminhamento de seus pleitos ao poder judiciário no intuito de obter uma sentença favorável que obrigue o poder público a implementar uma prestação objetiva e individual.

Tendo em vista que a emergência do Judiciário e o seu definitivo papel emancipatório no cenário social não é resultado de escolhas efetuadas por juristas, governantes ou legisladores, mas que especialmente decorrem de opções feitas pela sociedade como um todo ao demandar sua intervenção em face da deficiência operativa das demais instituições democráticas. Aponta-se o aparecimento de uma nova concepção de Estado em que a justiça é compelida a proporcionar não apenas formalmente, mas materialmente, a igualdade de direitos, ao passo que, pode-se fazer o seguinte recorte histórico: se no século XIX da ordem liberal houve preponderância do legislativo, e no século XX sob a égide da providência foi a vez do Executivo, o século XXI caminha para ser o da supremacia do Judiciário.

A crescente tensão e intervenção da judicialização nos assuntos da área de saúde, na vida coletiva através do aumento de demandas judiciais em prol de conseguir a realização da assistência médico farmacêutica visando à efetivação de direitos difusos e coletivos do usuário, vêm mostrando um paradoxo cujos resultados contraditórios se reforçam mutuamente, constituindo o tema central deste capítulo, em que visualizamos estar diretamente influenciado pela redução da capacidade prestacional do Estado, pela

dinamização das demandas sociais, e, por aquilo que Rojo definiu como o “abalo simbólico do homem democrático”.

O capítulo busca demonstrar de que forma a facilitação do acesso à justiça pode contribuir para o fortalecimento da judicialização como um desdobramento típico das sociedades modernas, o Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, no âmbito estatal, bem como discorrer suas funções. Aborda-se ainda a atuação judicial na AF com enfoque em relação às ações individuais e coletivas, demonstrando que a partir do ativismo do Poder Judiciário que, de forma crescente, estabelecem determinações a serem devidamente cumpridas pelo Poder Executivo; procurando mostrar que excessos, ocasionalmente presentes na dispensação de medicamentos, não contribuem para que haja melhoria nas condições de saúde dos indivíduos, pelo fato de que privilegiam um pequeno grupo em detrimento dos demais, ou seja, no estado democrático de direito os excessos podem se revelar tão prejudiciais quanto às omissões.

3.1 Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde

A efetividade e a normatividade das disposições constitucionais estabelecem novos patamares para o Constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial,⁵¹ ou seja, um novo modo de praticar o direito constitucional que é tido como uma grande conquista em situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e o fornecimento de medicamentos.

A justiça célere continua a ser o principal ideal a ser alcançada, sendo assim um desafio posto ao Poder Judiciário, para a realização da promessa democrática de acesso a uma ordem jurídica efetiva e justa.

Por ser um dos poderes da União, o Poder Judiciário, juntamente com o Legislativo e o Executivo, como aduzido no artigo 2º da CF/88, integrado na tríade soberana do Estado, tem como dever dirimir conflitos decorrentes da coletividade, buscando a harmonia da sociedade.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 26.

Na CF/88, o artigo 92 e seguintes, em seu Capítulo III do título IV, discorre sobre o Judiciário e o insere nas garantias e direitos individuais. Nesse sentido José de Albuquerque Rocha⁵² entende que o Poder Judiciário é:

“Um conjunto de elementos pessoais e materiais inter-relacionados, que tem a finalidade específica de assegurar o desempenho da função jurisdicional do Estado. Da mesma maneira como o Poder Legislativo e o Poder Executivo são as organizações que asseguram o desempenho das funções legislativa e administrativa, o judiciário assegura a função jurisdicional.”

Nota-se a existência de um Poder Judiciário forte na construção de um Estado Democrático de Direito, fundamental para a organização de uma sociedade justa e democrática, conservando a ordem social, visto que esta representa um direcionamento para a resolução dos conflitos, assegurando a aplicação da lei a partir do processo judicial. Uma organização com o objetivo de garantir a segurança das relações interindividuais e entre Estado e cidadão, enquanto conjunto de órgãos reunidos para o exercício da função jurisdicional do Estado. Como evidencia Antônio Carlos de Araújo Cintra⁵³ que:

“O Poder Judiciário é uno, assim como una é a sua função precípua – a jurisdição – por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. Por outro lado, a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência desta em obediência ao princípio de *uma lex, una jurisdictio*. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.”

A função legislativa é realizada pelo Judiciário no momento da elaboração de seus regimentos internos, conforme compreende-se na leitura do artigo 96, inciso I, alínea “a”, da CF/88, e da iniciativa de leis de organização judiciária, como previsto no artigo 93 e 125, § 1º, da CF/88. Essa função administrativa, por sua vez, se relaciona à administração de sua própria organização, resultando dela o controle de finanças e materiais.

O Poder Judiciário assim é a estrutura do Estado que tem como função primeira a garantia da jurisdição, o que confirma a sua função jurisdicional. Contudo, tal função jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário, sendo também, atribuída a outros poderes, uma vez que nenhum Poder está limitado à execução da função que lhe é pertinente, exercendo, de maneira precípua a atribuição que lhe é dado por natureza, porém, por outro

⁵² ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 98.

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. rev. e atual., de acordo com a EC 45, 08.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166.

lado, praticando atos com conteúdo de outras funções, a fim de otimizar sua função constitucional assegurando o mínimo de dignidade e bem estar ao paciente, especialmente daqueles que nada tem.

Nesse sentido, entende-se por judicializar o tratar judicialmente, visando um julgamento ou decisão. Conforme Luiz Roberto Barroso,⁵⁴ “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Tendo em vista os fatos supracitados, diante da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais na assistência à saúde – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica – sem dúvida ameaça o direito a vida, e em muitos casos é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito conduzindo o usuário prejudicado por esta falha estatal a ingressar no poder judiciário em busca da prestação desejada, ou seja, para buscar a efetividade de seus direitos, no caso do direito à saúde, onde existe um foco normativo (artigo 196 e 198 ambos da CF/88), que potencializa a judicialização, imputando-se a ele uma parcela de poderes decisórios, outrora, típicos do Legislativo e do Executivo. Este processo, de acordo com Cássio Casagrande,⁵⁵ “vem se dando sobretudo a partir de uma publicização do direito, marcada pela ascensão do direito constitucional sobre o direito privado”.

No Brasil, a partir da promulgação da CF/88, em seu artigo 5^a, inciso XXXV, que versa “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse contexto, é legítima a intervenção jurisdicional que busca afastar lesão ou ameaça a esse direito. A maioria das ações ajuizadas, acaba tendo como finalidade coagir o Estado a prestar assistência farmacêutica, desvirtuando assim a utilização dos instrumentos processuais postos pela lei à disposição da sociedade.

⁵⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

⁵⁵ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

Expõe Ingo Sarlet⁵⁶ com propriedade, a possibilidade de exigência da prestação estatal ao titular desse direito:

“[...] a possibilidade do titular desse direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito as prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.”

Assim, usuários procuram o Poder Judiciário, mesmo tendo a tutela constitucional conferida pelo direito à saúde, por ser este um direito fundamental, diante da já citada omissão estatal, que acaba por reforçar o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Todavia, tal busca do Poder Judiciário, afeta o sistema, ao passo que o Estado não dispõe de recursos imediatos para custear tais demandas, além do que a jurisprudência até o momento não adotou um critério padrão para a concessão dos medicamentos, ora proferindo decisões extravagantes ao condenar a Administração a custear medicamentos caros, ora determinando medicamentos de eficácia duvidosa.

Nesta senda, não existe também nenhuma definição sobre qual entidade estatal - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - deve ser responsabilizada para o fornecimento de cada tipo de medicação. À vista disso, receberam todos os entes federativos a obrigação de promover o direito à saúde de maneira solidária. Posto que, é o que se aduz do artigo 23, II da CF/88.

Corroborar esta conclusão o especificado pelos artigos 16 a 19 da Lei n. 8.080/90, que distam sobre normas gerais do SUS. Conforme o artigo 16 desta Lei, mais do que acolher políticas gerais de saúde, mais do que controlar os sistemas integrados de assistência e designar normas gerais, cabe à União favorecer a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios dos serviços e ações de saúde, com abrangência estadual e municipal. Já o Estado, de acordo com o inciso I do artigo 17 desta lei deve providenciar a descentralização para os Municípios, sem deixar de fornecer apoio técnico e financeiro. Ao Município resta a principal carga da gestão e a execução dos serviços públicos de saúde, em

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 11-12.

concordância com o que estabelece o inciso I do artigo 18. O Distrito Federal, por conseguinte, possui atribuições de características tanto estaduais, como municipais.

É notório que essas delegações na área da saúde não partiram do texto constitucional, e sim de lei com hierarquia inferior, ordinária. Por conseguinte, vários autores defendem o entendimento de que por determinação dos artigos 23, II e 196 da CF/88, o direito à saúde é um dever linear de todos os entes federativos.

Isto posto, ao Estado cabe, entendido como União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios, a proteção do direito à saúde, por meio do acesso universal e irrestrito a todas as ações e programas relativos à área de saúde. Em caso de ineficácia ou de insuficiência estatal em satisfazer as demandas, o jurisdicionado ou até mesmo o MP poderá requerer de quaisquer dos entes estatais, por intermédio de ações cabíveis, a efetivação do direito à saúde.

Nessa seara, tais demandas judiciais acabam por acarretar superposição de esforços e consequentemente de defesas, envolvendo várias entidades federativas e agentes públicos, como servidores e procuradores, gerando um enorme dispêndio de recursos públicos, desfuncionalidade e imprevisibilidade na atividade jurisdicional.

Indicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁵⁷ que a proteção dos direitos e garantias constitucionais esta diretamente vinculada aos mecanismos de acesso ao poder judiciário e demonstram que:

“[...] O acesso a justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [...] O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna ciência jurídica”.

A expressão “acesso à justiça”, mesmo sendo de conceituação complexa, evidencia duas finalidades: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁵⁸

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 8.

Os autores, desse modo, reconhecem que os métodos da ciência jurídica e a modernização dos objetivos pressupõem uma processualística que privilegie os mecanismos de acesso com instrumentos e recursos capazes de contribuir para a universalização da tutela jurisdicional. Dizem também que o acesso à justiça ocorreu devido a crescente expansão na oferta de serviços jurídicos às camadas mais carentes da população, colaborando para liberar as demandas contidas.

As ações judiciais mais frequentes em relação a prestação da saúde referem-se à dispensação de medicamentos especiais de alto custo. Nesse diapasão, discorre sobre o tema Luiz Roberto Barroso:⁵⁹

“As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Neste ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, convertem-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.”

Nesse horizonte, a ideia do acesso à justiça ao direito à saúde surge como elemento fundamental para a efetivação do direito resguardado aos hipossuficientes para que possam suprir as deficiências da ordem social existente. Por fim, após análise dos pontos cruciais da efetividade do direito a saúde pelo Poder Judiciário, a seguir serão delineadas questões sobre fornecimento de medicamentos pela via judiciária, tendo em vista o impacto desse na qualidade de vida do paciente.

3.2 Atuação do Judiciário e a Assistência Farmacêutica

O controle jurisdicional, em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento uma norma jurídica, resultante da deliberação democrática. A LOS, Lei nº 8.080/90, em seu artigo 6º inciso VI, determina como campo de atuação do SUS a “formulação da política de medicamentos”.

No Brasil, passados dez anos da promulgação da CF/88, foi aprovada a PNM⁶⁰ – Portaria MS/GM nº 3916/98⁶¹ – que teve como objetivo garantir a segurança, qualidade e

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 12-13.

⁵⁹ BARROSO, Luiz Roberto. *É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>>. Acesso em: 24 maio 2015.

eficácia dos medicamentos, além da promoção da utilização racional e do acesso da população aos considerados essenciais.

A PNM compreende a assistência farmacêutica da seguinte forma:

“Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.”

Conforme Paulo Dornelles Picon e Alberto Beltrame⁶² ainda nesse contexto:

“A assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão. [...] a estratégia terapêutica para a recuperação do paciente ou para a redução dos riscos da doença e agravos somente é possível a partir da utilização de algum tipo de medicamento [...] o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. Nesse contexto, o direito constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento.”

Dentro deste contexto, a AF implementada pelo Poder Público ocupa importante posição devido ao seu impacto sobre a rede de serviços de saúde, diante da limitação na oferta de serviços disponibilizados por um Estado em crise. Ante essa limitação, a assistência farmacêutica, nem sempre, atende às necessidades do usuário, ora porque os medicamentos constantes na RENAME tornaram ineficazes e/ou as peculiaridades da doença exigem medicamentos especiais não padronizados, ora porque houve falha na atualização da RENAME, falhando no procedimento de dispensação do medicamento, na informação no que diz respeito às políticas públicas de saúde e nos aspectos técnicos que envolvem a prescrição medicamentosa, outras vezes decorrentes da má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica.

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos*, Brasília, 2014. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

⁶¹ BRASIL. *Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998/MS*. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

⁶² PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <http://www.dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_f20_01.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

Sabidamente, diante de tal problemática, aduz Luiz Roberto Barroso⁶³ que:

“Nos últimos anos, o avanço da indústria farmacêutica tem sido notório. Entretanto, muitos produtos recém-lançados possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar à de remédios já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. No entanto, os novos remédios custam muito mais que os atualmente padronizados pelo SUS. Outros produtos, comercializados fora do Brasil ou ainda em fase de testes, não possuem registro no país e não devem ser distribuídos pelo SUS, pois podem por em risco a saúde de quem os consumir. São justamente esses medicamentos que o Estado mais vem sendo obrigado a fornecer por pedidos na justiça.”

Ao que pese a inegável necessidade de análise desse contexto, critérios devem ser observados no manejo dos mecanismos processuais que viabilizam a intervenção jurisdicional na efetivação da AF pelo Poder Público, evitando prejuízos ao SUS e ao próprio usuário. No Brasil, cabe ressaltar, que o quadro político depara-se com a situação de descaso frente às políticas públicas destinadas à efetivação do direito à saúde. No apanhado desses fatos, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, com o escopo de concretizar tal direito fundamental, com a atividade fim de melhor atender seus usuários, respeitando os princípios da dignidade e da universalidade, vez que a omissão do Estado, nesses casos, pode vir a implicar na morte, degradação física ou psíquica do ser humano.

É preciso ter cautela, no que se refere à AF, respeitando não apenas o disposto no artigo 196 da CF/88 de maneira extensiva, como também, os dispositivos das políticas estabelecidas pelo Poder Executivo. Enfatiza-se, ainda, ser indispensável uma melhor fiscalização probatória nos feitos que envolvem concessão gratuita de medicamentos, no intuito de comprovar a real necessidade do medicamento pleiteado, bem como para evitar erros entre a doença alegada e o medicamento concedido, permitindo a racionalização do seu fornecimento.

O Judiciário precisa se ater ao fato de que os laboratórios farmacêuticos, interferem no processo de judicialização da saúde, ao passo que estão diretamente interessados no aumento da comercialização de suas medicações, e assim, para que isso ocorra, bombardeiam os médicos com propagandas gerando a crença em milagres.

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. *É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>>. Acesso em: 24 maio 2015.

Costumeiramente, os médicos brasileiros prescrevem medicamentos diante a indicação do respectivo nome comercial, mas, seduzidos pela oferta da novidade passada pelos laboratórios, prescrevem medicamentos que não constam na lista elaborada pelo Estado. Entretanto, tal prescrição tanto pode ser feita em prol de um melhor tratamento ao paciente, quanto também visando o recebimento de benefícios por parte dos laboratórios pela indicação dos novos medicamentos.

Essas atitudes passaram a ser combatidas pelo Poder Público após a compilação da Lei nº 9.787/99⁶⁴, que estabelece o medicamento genérico e dispõe sobre a utilização de nomes genéricos - princípio ativo - em produtos farmacêuticos, proibindo a prescrição pelo nome comercial, conforme descrito em seu artigo 3º, que dita:

“As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).”

O médico, diante desse fato, deve privilegiar no momento da prescrição medicamentos genéricos ou de menor custo, além de privilegiar aqueles medicamentos constantes nos Protocolos Terapêuticos, que tem por atividade fim a orientação aos profissionais de saúde quanto ao manuseio dos produtos disponíveis no mercado, e nas listas fornecidas gratuitamente de medicamentos do MS. Mesmo assim, ainda persistem algumas receitas que vinculam o nome comercial, e o usuário ao ajuizar a ação formula seu pedido com base nesse nome, pleiteando a condenação do Poder Público ao fornecimento do medicamento tal como lhe foi prescrito no receituário.

A dispensação da medicação prescrita com nome comercial ocasiona grandes prejuízos ao Estado, pois o mesmo remédio é disponibilizado pelo SUS, porém sem a designação prescrita - nome fantasia - pelo fato de ter sido fabricada por laboratório diverso.

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999*. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm>. Acesso em: 25mai. 2015.

No território brasileiro, a comercialização de um medicamento pressupõe sua aprovação e registro no MS, conforme elencado no artigo 12 da Lei nº 6.360/76⁶⁵, pelo fato de a finalidade e a natureza dessa espécie de substância exigir a fiscalização de sua qualidade, segurança e eficácia terapêutica.

A inscrição do medicamento compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, bem como sua alteração, suspensão e cancelamento, na forma das disposições da Lei nº 9.782/99⁶⁶ e da Lei nº 6.360/76. Assim, tanto o magistrado, quando da apreciação do pedido de fornecimento formulado em sede de ação judicial, quanto o médico assistente, quando da prescrição, devem atentar para a existência de registro do medicamento na ANVISA/MS. Em especial, no tratamento de determinadas doenças raras e/ou graves – por substâncias modernas e eficazes – que são utilizados a anos em diversos países, mas não são vendidas ou produzidas no Brasil porque não tiveram concluído seu processo de registro na ANVISA/MS, cuja tramitação é demasiadamente morosa. Contudo, a inexistência desse registro não impede a prescrição e nem a condenação judicial do Poder Público no fornecimento da substância.

A ANVISA editou a Resolução RDC nº 28/2007⁶⁷ publicada no Diário Oficial de 05 de abril de 2007, em razão da morosidade reconhecida pelo Poder Público, que visa legitimar a priorização de análise das petições no âmbito da área de medicamentos excepcionais, consoante com relevância do interesse público ora representado, a fim de garantir transparência ao procedimento. Com efeito ao anteriormente citado, dista o artigo 24 da Lei nº 6.360/76: “Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde”.

⁶⁵ BRASIL. *Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 25 mai. 2015.

⁶⁶ BRASIL. *Lei Federal nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 25 mai. 2015.

⁶⁷ BRASIL. *Resolução RDC nº 28/2007, de 05 de abril de 2007*. Dispõe sobre a priorização de análise técnica de petições de registro, pós-registro e anuência prévia em pesquisa clínica de medicamentos protocoladas para análise pela Gerência-Geral de Medicamentos. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/c5ab24804b3e6ae5bb8ebbf8fdded4db/resultado+14-05-2012.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

Diante desse encadeamento, atendidas as regulamentações pertinentes, a inexistência de registro na ANVISA – desobrigada pela própria lei – não impede a condenação, e não consubstancia causa de indeferimento do pedido. Ademais, infelizmente, o procedimento judicial utilizado como instrumento para garantir a assistência farmacêutica, tornou-se alvo da “indústria da ação judicial”, na qual atuam profissionais como advogados e médicos, além dos laboratórios. Não sendo exagero imaginar que a via judicial, venha sendo utilizada com fins escusos, a exemplo da tentativa de inserir medicamentos novos no mercado em virtude de interesses particulares e econômicos, ou da tentativa de obter gratuitamente grandes dosagens da medicação, que possa vir a ser comercializada informal e irregularmente.

3.3 Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos

A judicialização em saúde é um acontecimento que expõe limites e possibilidades institucionais estatais e provoca a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, tanto do setor da saúde, quanto do sistema de justiça. O uso da via judicial como possibilidade para o cidadão ter acesso a medicamentos oferecidos pelo SUS é uma maneira legítima de garantir-se do pleno exercício do direito à assistência individual terapêutica, que acaba por integrar o direito à saúde na lei brasileira. O desacordo entre os atores envolvidos se dá no que diz respeito ao acesso aos medicamentos de alto custo que não são contemplados e/ou garantidos nesse rol de serviços.

Giliane Dornelas Guerin, Eloá Rossoni e Denise Bueno⁶⁸ observam que a grande maioria dos pedidos são individuais e vem sendo deferidos, tendo por única base a prescrição medicamentosa solicitada pelo usuário, contendo tanto medicamentos incorporados como não incorporados pela AF do SUS, alguns sem registro no país ou em indicação terapêutica não constante de registro sanitário (ANVISA), o que acaba acarretando o crescimento exponencial de recursos utilizados na compra de medicamentos, fazendo com que alguns gestores realizem compras não usuais pela administração pública, levando o sistema de saúde a uma contradição no âmbito dos dizeres constitucionais, como o acesso igualitário.

⁶⁸ GUERIN, Giliane Dorneles; ROSSONI, Eloá; BUENO, Denise. Itinerários terapêuticos de usuários de medicamentos de uma unidade de Estratégia da Saúde de Família. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 11, p. 10-20, nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 maio 2015.

Sabe-se que os recursos públicos são insuficientes para que se consiga atender a todas as necessidades e anseios sociais, impondo ao Estado a difícil tarefa, contudo necessária e permanente, de tomar decisões difíceis, pois ao se investir recursos em determinado setor, automaticamente, sempre implica em deixar de investir em outros, o que tende a desorganizar e/ou desestruturar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as políticas públicas de saúde.

Portanto, há ponderações sobre os tipos de efeitos negativos do fenômeno da judicialização da saúde, ressaltando que o deferimento absoluto dos pedidos judiciais pode aumentar as iniquidades de acesso no sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS. Esse apontamento decorre do fato de que o deferimento, sem que esteja de acordo com critérios técnicos, acaba por favorecer aqueles que têm maiores condições de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem a mesma facilidade de acesso à justiça; desse modo, apontam para o possível comprometimento do princípio da integralidade, uma vez que demandas individuais não são estendidas aos demais portadores da mesma condição patológica que poderiam se beneficiar do objeto da demanda.

No que concerne à esfera coletiva, examina-se a alocação de recursos ou a definição das prioridades em caráter geral, de modo que se deve recordar e enfatizar, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas como a saúde – artigo 198, § 2º e artigo 212, da CF/88 – e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

É importante destacar o que se refere à segurança do paciente em razão de possíveis prescrições errôneas e/ou inadequadas, mesmo que de medicamentos já incorporados e selecionados pelo SUS, e, em especial, na prescrição de “novas” indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas. Segundo Vera Lúcia Edais Pepe⁶⁹ podem vir a favorecer a introdução e utilização de novos medicamentos, inovações tecnológicas, de forma acrítica, e, por vezes, sob forte influência da indústria farmacêutica.

⁶⁹ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_aetext&pid=S141381232010000500015&lng=en&nrm=is>. Acesso em: 25 maio 2015.

Pode também ocorrer prescrições inadequadas com o uso de medicamentos sem registro sanitário ou fora das indicações para as quais foi registrado, o que pode implicar em riscos à saúde, e consequente responsabilização do Poder Público.

Da necessidade de se harmonizar decorre a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário, deste modo, o Judiciário deve escolher/optar por substâncias disponíveis no Brasil, tendo preferência àquelas conveniadas ao SUS, pois os critérios técnicos devem ser observados a fim de garantir maior efetividade à política de saúde e maior eficiência do gasto.

3.4 O Ativismo do Poder Judiciário

Se, por um lado, o Poder Judiciário conforme Antoine Garapon,⁷⁰ contraiu o papel de protetor das promessas constitucionais, por outro, a sua recente postura excessiva, enquanto organismo com competência para viabilizar e garantir a segurança das relações interindividuais e daquelas entre o cidadão e o Estado, gera apreensão e perplexidade em relação aos limites e as formas de sua atuação, podendo o excedente de ordens judiciais impossibilitar a universalidade da saúde, um dos principais fundamentos do SUS.

Tal termo está ligado a uma maior atuação do Judiciário, sendo esta atuação mais intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo com maior incidência, quando é chamado a resolver a controvérsia do caso concreto individual, no espaço de atuação dos outros poderes, e suas decisões acabam refletindo na esfera da coletividade, onde percebe-se uma sensação de injustiça que passa a ser tida como se fosse um privilégio, pois tal eficácia inter partes não se aplica normalmente a todo o universo social.⁷¹

Sob este enfoque, a ação judiciária é posta por Marcos Paulo Veríssimo⁷², num “contexto de desenvolvimento incompleto e de necessidade de atração de investimentos”, sendo que acabam atravancando o desenvolvimento.

⁷⁰ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 272.

⁷¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação *latu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.

⁷² *Ibidem*. p. 13-14.

Segundo Antônio Castanheira Neves⁷³ é essencial ter sempre em mente que o direito é uma “organização e um operador, uma atividade instrumentalmente estratégica e decisória com uma intenção regulativa da vida histórico-social em termos finalisticamente planejados e programados com vista a obter com ele certos resultados/efeitos sociais”. É assim um “instrumento de uma prática social ao serviço de objetivos sociais os mais diversos e em si não jurídicos (mas políticos, sociais em sentido estrito, econômicos).” Entretanto, diante da legitimidade democrática, existe uma questão igualmente sensível: a capacidade institucional de o judiciário tomar decisões a respeito de questões que envolvam outras áreas do saber, para além do direito, nas quais as soluções dependam de outro tipo de conhecimento extremamente especializados, e em muitos casos, não tenham qualquer relação com a pauta jurídica.

Para Luiz Roberto Barroso⁷⁴ o ativismo do Poder Judiciário pode ser resumido em:

“[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e preativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido de alcance. Normalmente ele se instala em situações de política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

No entanto, essa nova compreensão política caracteriza-se por ser uma atitude ou comportamento proativo do julgador no instante em que interpreta o texto constitucional ampliando seu alcance. No Brasil, o comportamento mais ativista do Judiciário vem sendo percebido progressivamente, resultando de alguns fatores que fomentam a atividade jurisdicional, como por exemplo, o modelo de Estado Democrático Social, a expansão do controle abstrato de normas, e a mudança ideológica no STF.⁷⁵

Sabe-se que nosso modelo democrático baseou-se no modelo *welfarestate* (bem-estar social) onde a Constituição amparou uma gama generosa de direitos sociais, sendo em boa parte estruturado em prestações estatais. O Judiciário dessa forma foi compelido a atuar na promoção e garantia dos direitos constitucionais. Neste sentido, Saul Tourinho Leal⁷⁶ tece o seguinte comentário: “O Supremo virou o centro das atenções. A população começou a

⁷³ NEVES, Antônio Castanheira. *Teoria do Direito: apontamentos complementares de Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. p.160.

⁷⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 268.

⁷⁶ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 159.

atribuir-lhe uma função que a Constituição Federal não lhe deu, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia a população fazendo justiça”.

No que se refere ao ativismo, com a expansão e o aumento do controle abstrato das normas, torna-se viável uma atuação judicial equivalente à atividade legislativa, em que o julgador detém de certa margem para interpretar a norma. Segundo Anderson Vichinkeski Teixeira⁷⁷ em relação à expansão do controle abstrato de normas:

“A ampliação desse controle e do rol de legitimados para a proposição de ADIns aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal.”

Nesse contexto, de acordo com José Levi Mello do Amaral Junior⁷⁸, o ativismo se respalda como um movimento “reacionário à necessidade de proteção aos direitos fundamentais”, ou seja, o tribunal motivado, pelo próprio texto Constitucional, assume uma postura de maior grau de liberdade no momento da acepção do texto legislativo ao passo que busca preencher as possíveis lacunas e omissões deste.

Desta feita, segundo Luiz Roberto Barroso,⁷⁹ demonstra-se a postura ativista através de condutas que incluem:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

⁷⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 75, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 maio 2015.

⁷⁸ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. (Org.) Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

⁷⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

Ora, se por um aspecto, o aumento da judicialização nas relações sociais é devido a um também aumento de questões políticas debatidas no domínio dos tribunais, por outro, existe um vertiginoso aumento de demandas sociais que buscam no Judiciário a resolução de seus conflitos. Portanto, a difusão e expansão do Poder Judicial, conforme afirma Alvaro Luiz Araujo Ciarlini⁸⁰ são “causas e efeito de um crescente ativismo, o qual tem origem na progressiva mobilização políticas das sociedades ocidentais.”

É de suma importância destacar que na via oposta ao ativismo judicial existe uma posição conhecida por autocontenção judicial, motivo pelo qual o Judiciário busca reduzir sua intervenção nas ações dos outros Poderes, delimitando o espaço de incidência da Constituição nas instâncias tipicamente políticas.⁸¹

Afinal, interpreta João Marcelo Negreiros Fernandes⁸² que “a expansão do Poder Judiciário representa o necessário contrapeso em um sistema democrático de *checks and balances*, levando em consideração a paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno”. A demonstração coesa da existência de determinados elementos, tais como a legitimidade, a carência, a hipossuficiência, e também de critérios técnicos e orçamentários, torna o reconhecimento do direito à saúde perante o processo judicialização possível.

Certifica-se, pois, que os tribunais superiores estão prestigiando o conceito de mínimo existencial, fundamento este utilizado para apreciação de pedidos individuais de fornecimento de medicamentos. Essa proteção faz-se necessária, inclusive, para que o Poder Judiciário não interfira e/ou inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo no tocante a elaboração de suas políticas públicas, o que afasta qualquer chance de bater de frente com o pacto federativo.

É importante que se enfatize que, a pretexto de resguardar os direitos fundamentais, os tribunais brasileiros têm determinado a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a

⁸⁰ CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentos da Constituição: para uma compensação agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

⁸¹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

⁸² FERNANDES, João Marcelo Negreiros. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Algumas considerações sobre a judicialização da política. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3364 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/226620>>. Acesso em: 30 maio 2015.

liberar medicamentos de alto custo a alguns portadores de determinadas moléstias, indo na contramão ao disposto no princípio da isonomia entre cidadãos brasileiros. Sabendo que a judicialização da saúde, especialmente de medicamentos, o que se refere este trabalho, é uma questão controversa, na qual estão embutidos ideais sobre o justo.

No decorrer do próximo capítulo, aborda-se a questão da judicialização de medicamentos nos tribunais como forma de acesso ao direito à saúde a partir da análise de processos judiciais ilustrativos, que envolvem doenças terminais, com consenso sobre a necessidade de se proteger o acesso à saúde, demonstrando a tendência utilitarista para que as decisões nela embasada sejam consideradas legítimas e justas.

4 A JUDICIALIZAÇÃO – O ESPAÇO DE ATUAÇÃO JUDICIAL

Nos capítulos anteriores, foram abordadas questões a respeito da universalização do direito à saúde, visando justificar, a partir de um ponto de vista sociológico, que a valorização da participação social na constituição do sistema de saúde é reconhecidamente um importante mecanismo para o seu desenvolvimento no propósito de estender os seus serviços a uma maior parcela da população, tratando também sobre as implicações decorrentes de uma demanda crescente diante à incapacidade do Poder Público em prestar assistência integral à saúde prevista na CF/88, ao passo que a busca pela judicialização nos serviços de saúde cresceu vertiginosamente.

As amplas bases constitucionais que respaldam o direito à saúde, somadas a atual conjuntura da saúde brasileira colocaram nas mãos do judiciário uma difícil responsabilidade e um tanto quanto perigosa: definir a prestação dos serviços de saúde, compondo, portanto o embasamento teórico que confere suporte a este trabalho.

O presente capítulo, que ora se inicia, descreve o objeto desta dissertação fundamentando em leituras, tanto em formulações teóricas quanto nas experiências institucionais em curso. Nele serão avaliadas as demandas judiciais na assistência farmacêutica; o direito à saúde e instrumentos processuais para sua efetividade, órgãos, instituições e setores envolvidos nas demandas judiciais, buscando demonstrar estratégias de defesa para enfrentamento dos processos judiciais e discorre-se sobre o tribunal – representação local do Poder Judiciário e a SES – gestora local do SUS, abordando a questão da judicialização de medicamentos como meio de acesso ao direito à saúde a partir de dois processos judiciais ilustrativos envolvendo doenças terminais.

Para uma completa análise a respeito da garantia do direito à saúde nesses processos, diversas opiniões serão tratadas, de vários atores e autores, tanto de defensores de um judiciário atuante para assegurar e proteger os direitos fundamentais constitucionais. Isto posto, objetiva-se compreender e avaliar: a estrutura e pressupostos da fundamentação que servem como base para os magistrados em sua decisão de atender ou negar os pleitos dos mais variados demandantes que buscam sua jurisdição.

Para que tal intento se realize, deve o Direito ser considerado como uma ferramenta de mudança institucional e social, que pode e deve ser utilizada pelo Judiciário a fim de

auxiliar a construção de um sistema de saúde na base constitucional do acesso universal e igualitário, atendimento integral e participação social. Assim sendo, apresenta contribuições que servem como alternativas para que, no julgamento das demandas por medicamentos os magistrados possam: avaliar de maneira melhor e mais assertiva as características dos casos concretos, enriquecer o debate judicial sobre a saúde com o conhecimento advindo da sociedade e valorizar as normas administrativas e orçamentárias que estruturam o SUS e veiculam as políticas públicas por saúde.

4.1 Demandas Judiciais na Assistência Farmacêutica

A fundamentação jurídica que serve de embasamento teórico para as ações judiciais que tramitam nas SES para fornecimento de medicamentos esta baseado no artigo 196 da CF/88, de acordo como vimos no estudo realizado no primeiro capítulo. Onde a saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado.

No entanto, não podem ser deixados de lado ou esquecidos outros fatores diretamente envolvidos com as ações judiciais, além da garantia constitucional. Conforme publicação do Programa Nacional DST/AIDS do MS:⁸³

“Os múltiplos aspectos do contexto em que se inserem as ações deverão ser igualmente considerados: a própria evolução da epidemia do HIV/Aids, a mobilização da sociedade, as conquistas legais específicas, a dinâmica dos avanços médico-científicos, a velocidade das pesquisas e descobertas, os aspectos administrativos e orçamentários da gestão governamental, o tempo que um medicamento novo leva para ser introduzido no SUS, bem como a disputa de mercado travada pela indústria farmacêutica multinacional, entre outros.”⁸⁴

O Ministério Público Federal compreende, ainda, que:

“[...] é relevante observar que em situações de tutela jurisdicional individual, sobretudo em mandados de segurança, é possível, com maior probabilidade, que estejam presentes, de modo predominante, interesses outros que não os relativos à boa prestação de serviços de saúde. Não é incomum, a prática de aliciamento de pacientes para, utilizando-se de sua situação aflitiva,

⁸³ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica. *Relatório Final: Efetivando o Acesso, a Qualidade e a Humanização na Assistência Farmacêutica, com Controle Social*. Brasília. 2005.

⁸⁴ SCHEFFER, M.; SLAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no BRASIL por meio de ações judiciais*. Série Legislação n. 3. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

lograrem objetivos menos nobres que os colimados na tutela do Direito à Saúde.”⁸⁵

Segundo artigo publicado por Eloisa Macedo e Luciene Lopes⁸⁶, as demandas judiciais por medicamentos podem ser separadas e/ou divididas em dois grupos: o primeiro grupo está relacionado com os medicamentos solicitados que estão previstos nas listagens do SUS, porém devido a problemas na gestão dos serviços farmacêuticos ou protocolos restritivos ou desatualizados, encontram-se com seu fornecimento prejudicado, e até mesmo medicamentos que ainda não estão incorporados, mas que apresentam boas evidências de benefícios; o segundo grupo por sua vez, relaciona-se ao pleito de medicamentos sem o devido registro na ANVISA, ou que mesmo não tendo sido incorporados, possuem alternativa terapêutica disponível.

As primeiras ações judiciais nas SES eram demandas referentes ao fornecimento de medicamentos de difícil acesso, de alto custo e de medicamentos anti-retrovirais para o tratamento da AIDS. De acordo com o levantamento realizado pelo CONASS,⁸⁷ em parceria com os estados, no ano de 2009 um total de 18 (dezoito) SES (67%) informaram que eram frequentes as demandas judiciais em sua instituição. No mesmo levantamento, os medicamentos apontados como os de grande demanda através das solicitações judiciais, eram à época, fornecidos ao tratamento da hepatite viral crônica C, AIDS, doença de Parkinson, doença de Alzheimer, fibrose cística, asma grave, esclerose múltipla e doença de Gaucher.

De acordo com o CONASS,⁸⁸ essas demandas tinham relação, em sua maior parte, com um fato isolado ocorrido no ano de 2002, no qual houve a publicação da tabela de procedimentos junto com uma relação de medicamentos passíveis de serem ressarcidos pelo Ministério da Saúde, fato este que antecedeu as portarias que publicaram os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT. Tal descompasso diante a necessidade de um

⁸⁵ DANTAS, Nara Soares et al. *Manual de Atuação do Ministério Público Federal em Defesa à Saúde*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2006. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/deconsocult/Manual%20de%20Atuacao%20em%20Saude%20-%20GT.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁸⁶ MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 714-721, ago. 2011.

⁸⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica. *Relatório Final: Efetivando o Acesso, a Qualidade e a Humanização na Assistência Farmacêutica, com Controle Social*. Brasília. 2005.

⁸⁸ Ibidem. p. 144.

espaço temporal para que ocorresse a implantação dos centros de referência para diagnóstico e acompanhamento dos usuários, culminou com a procura pela via judicial para acessá-los.

As demandas judiciais para o suprimento de medicamentos de acordo com Dantas,⁸⁹ ocasionam discussões a respeito da ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas, da equidade, dentre outras, como:

“[...] a garantia do acesso a esses medicamentos, num cenário de restrições orçamentárias e financeiras nas três esferas de gestão do SUS e de crescentes demandas da sociedade. Essas demandas são fundamentais em direitos presumidamente absolutos, mas os recursos públicos para fazer face a elas são finitos e de utilização baseada na Lei de Responsabilidade Fiscal.”

Com relação a equidade, o Promotor de Justiça, Mauro Luiz Silva de Souza,⁹⁰ argumentou:

“A equidade tem o sentido de justiça. É a justiça ideal ao caso concreto, que permite temperamentos ao direito com o sentido de humanizá-lo, atendendo da melhor maneira possível a finalidade para qual o direito foi posto. Não obstante, em se entendendo a saúde como direito social [...] é de se entender, também, equidade enquanto justiça social, como mecanismo capaz de assegurar o mais próximo possível do ideal à sociedade como um todo, não apenas a solução de uma demanda que eventualmente nos é posta. Contudo, não raro, o julgador prefere solucionar da melhor forma que lhe pareça o caso concreto que lhe é apresentado, a fazer valer os princípios constitucionais que regem as políticas públicas de saúde. Julga solucionado um conflito subjetivo de direitos individuais entre ‘A’ e ‘B’ porque se o demandante, em virtude de sua decisão vier a sofrer algum prejuízo, o julgador não terá paz de consciência. Porém, um número indeterminado de pessoas poderá vir a sofrer em face desta decisão, que pode comprometer o orçamento da saúde, mas estas não fazem parte daquela relação processual sendo, por isso ignoradas. É nesse ponto que a questão do financiamento se imbrica com a equidade.”

Existem sentenças no Judiciário que contemplam tal questão, além de considerar que trata-se de competência da Administração Pública definir sobre qual o melhor tratamento a ser disponibilizado à população.

⁸⁹ DANTAS, N. S.; GAVRONSKI A. A.; SILVA, O. J. B.; SILVA, R. R., (Org.). *Manual de atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde*. 2005. Disponível em: <<http://pfde.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁹⁰ SOUZA, M. L. S. *Equidade, financiamento e acesso*. SEMINÁRIO O SUS, O JUDICIÁRIO E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS, 2004, Porto Alegre: CONASS; Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul; In SANTOS, C.C.; GONÇALVES, S.A. Análise descritiva de mandados judiciais impetrados contra a Secretaria de Saúde do Distrito Federal para fornecimento de medicamentos. Brasília, 2006. Monografia (Especialização em Gestão de Saúde) da Universidade de Brasília, 2006.

Na esfera jurídica, segundo dista o MP, estão presentes em todas as ações contra a Administração Pública 2 (dois) argumentos. O primeiro argumento utilizado seria o entendimento de que a prestação de assistência farmacêutica, constitui, por parte do Estado, um direito constitucional legal; Já o segundo argumento, trata do fato de que os autores não possuem recursos financeiros para comprar por conta própria, os medicamentos necessários; sendo comum os autores ressaltarem o custo elevado dos medicamentos pleiteados e também sua necessidade utilização por um longo período.

Diante das supracitadas alegações, segundo o MP, a abordagem do fato feita pelo autor que litiga individualmente, postulando para si o fornecimento de algum medicamento, possui em relação ao autor que litiga em uma ação civil pública (MP ou associação) uma significativa diferença, na qual se visa obter uma melhoria de algum serviço de saúde como, por exemplo, o fornecimento para doentes de câncer, dos medicamentos necessários.

Acaba que o objetivo comum de ambas as ações, trata-se apenas de compelir o ente público a assegurar ao cidadão o seu direito fundamental, cumprindo o seu dever, previsto na Constituição, devendo a Administração Pública garantir aos administrados a proteção à saúde e à vida, realocando os recursos suficientes, bem como elaborar políticas públicas a fim de suprir seu dever constitucional.

Tema esse que também fora tratado na Política Nacional de Medicamentos - PNM e bastante debatido na 1ª Conferência Nacional de Medicamentos de Assistência farmacêutica. O empenho para o desenvolvimento de políticas nessa área possibilitou que fosse estendido a muitos usuários do SUS o acesso aos medicamentos de alto custo. Entretanto, no que se refere a distribuição destes medicamentos, vários problemas do sistema de saúde pública prejudicam a equidade de tal distribuição.

O Tribunal de Contas da União - TCU realizou no ano de 2004 uma extensa auditoria a respeito da assistência financeira para efetuar a aquisição e posteriormente a distribuição de medicamentos de alto custo. Todavia, podemos relacionar alguns problemas encontrados pelo TCU:⁹¹

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de governo. *Avaliação do TCU sobre a ação assistência financeira pra aquisição e distribuição de medicamentos excepcionais*. Brasília, TCU, 2005.

“[...] deficiência nos sistemas de gerenciamento, controle e avaliação; atendimento descontínuo e não integral dos pacientes; diferença na distribuição dos recursos e dificuldades de acesso dos pacientes; desequilíbrio no co-financiamento da ação entre os Estados, quanto à contrapartida de recursos; variações no custo unitário de aquisição de medicamentos excepcionais; contribuição restrita dos laboratórios oficiais; indisponibilização de informações sobre os protocolos por entidades médicas; falta de articulação do processo de revisão dos protocolos; dificuldades nos processos de dispensação e acompanhamento do uso dos medicamentos; e crescente número de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos.”

No final da década de 90, as questões da desigualdade e da exclusão evidenciadas no acesso aos serviços de saúde começaram a ser levados ao judiciário. Na época, o crescente número de demandas judiciais por esses medicamentos de alto custo se deparou com um Poder Judiciário propenso a garantir a efetivação do direito à saúde, promovendo a entrega dos fármacos postulados. Tendo início com portadores do Vírus HIV, esse movimento acabou crescendo nos anos que se seguiram, o que acabou também por diversificar as ações, que agora não só pleiteavam medicamentos destinados à cura do Vírus HIV, como também de diversos outros males.

Isso posto, uma das maneiras mais utilizadas, com o intuito de assegurar o fornecimento, para pressionar as SES, em detrimento de critérios financeiros e também de critérios técnicos apontados pelos gestores, certamente é a via judicial. As ações judiciais visando o fornecimento de medicamentos específicos para uso em oncologia são um caso a parte, pelo simples fato de que ainda não existe uma padronização e/ou definição de tratamento estabelecido por portaria, em tabela SIA/SUS ou pactuada, salvo exceção do protocolo realizado para o tratamento da leucemia mielóide crônica do adulto e também para o tratamento do tumor do estroma gastrointestinal.⁹²

De acordo com o CONASS, cabe às Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - Unacon, aos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - Cacon e aos Centros de Referência de Alta complexidade em Oncologia – Cracon, adquirir os

⁹² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos*, Brasília, 2014. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

medicamentos padronizados em seus serviços e prescritos, e posteriormente dispensar à população.⁹³

Cabendo ao Judiciário atuar nesses casos para reparar os vícios dos demais poderes republicanos, assegurando a vinculação de suas atuações a Constituição. Pois, a busca pela via judicial para obter o fornecimento de medicamentos de alto custo e de seus tratamentos é uma forma legítima de se resguardar, tendo em vista que resta garantido o pleno exercício do direito após o aparato judicial à assistência individual terapêutica que integra o direito à saúde na lei brasileira. Nesse sentido, o objetivo dos próximos itens é avaliar as críticas que estão diretamente relacionadas à viabilidade técnica dentro da razoabilidade de se conseguir tomar uma decisão acertada a respeito das demandas judiciais no campo da saúde.

4.1.1 *Direito à Saúde e Instrumentos Processuais para sua Efetividade*

O Estado para garantir o exercício da função jurisdicional tem o processo como um instrumento. Segundo Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso:⁹⁴

“é o instrumento colocado à disposição dos cidadãos para solução de seus conflitos de interesses e pelo qual o Estado exerce a jurisdição. Tal solução e exercício são desenvolvidos com base em regras legais previamente fixadas e buscam, mediante a aplicação do direito material ao caso concreto, a entrega do bem da vida, a pacificação social e a realização da Justiça.”

No que diz respeito a sua instrumentalidade, o processo tem por finalidade o cumprimento do direito e a extinção dos conflitos, eliminando-os, e, caso não alcance seus objetivos, acaba por não viabilizar à jurisdição a possibilidade de concretização dos seus fins.⁹⁵ Ensina Luiz Guilherme Marinori⁹⁶ que o processo apenas tem valor quando serve de instrumento ao direito material e aos escopos da jurisdição. Nesse contexto, enquanto instrumento da jurisdição, o processo, apresenta escopos, de natureza jurídica, social e política.

⁹³ FILPO, Kleber Paulo Leal. *Quando o Tribunal é o pronto socorro: Aspectos da judicialização do direito à saúde no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. 2005.

⁹⁴ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral de processo e processo de conhecimento*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.3.

⁹⁵ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 75.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 64-65.

É nítido, que em se tratando do escopo social, o processo tem a finalidade de promover a paz social, resolvendo conflitos de interesses da sociedade, ao passo que garante a segurança jurídica de suas relações, além de buscar conscientizar os jurisdicionados de seus direitos e também de suas obrigações, em prol da educação para o exercício deles.

Quanto ao escopo político, Fabia Lima Brito⁹⁷ o relaciona:

“[...] com a estabilidade do ordenamento jurídico e sua autoridade, na medida em que a generalização do respeito à lei, por meio dos bons resultados da atividade jurisdicional, propicia a autoridade do próprio Estado. Relaciona-se, ainda, com a participação dos indivíduos e grupos de indivíduos na vida e nos destinos do Estado, bem como na preservação das liberdades públicas, por meio de mecanismos processuais como a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de segurança, individual ou coletivo.”

Nesse sentir, o escopo político é a confirmação da autoridade do Estado através dos instrumentos que garantem o alcance de seus fins dentro de seu ordenamento, ou seja, o escopo jurídico é o exercício da vontade concreta da lei. Sensato listar a advertência de Luiz Guilherme Marinori⁹⁸, pois segundo ele o processo de sistematização na elaboração das leis esta repleto de vícios, sendo cada vez mais imprescindível a leitura e o controle constitucional das leis, para tanto, compete ao juiz a efetivação do escopo jurídico, ativando a vontade concreta do direito.

Nesse diapasão, é notório que o processo deve ser organizado e aplicado na efetivação de uma garantia constitucional, servindo de instrumento e assegurando o acesso à tutela jurisdicional a todos. Nesta perspectiva segundo Cândido Rangel Dinamarco⁹⁹ encontra-se concatenado à ideia de eficácia do processo, a forma de conduzir à assertiva para que se possa estar preparado para cumprir integralmente toda a função social, política e jurídica, alcançando de forma plena seus escopos institucionais.

Na leitura de Luiz César Medeiros:¹⁰⁰

⁹⁷ BRITO, Fabia Lima. *Perfil sistemático da tutela antecipada*. Brasília, DF: OAB Editora, 2004. p. 8.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 186-188.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 168.

¹⁰⁰ MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 102.

“Falar em instrumentalidade nesse sentido positivo é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa. Essa perspectiva da instrumentalidade do processo combate a tradicional postura consistente em considera-lo como um fim em si mesmo e que o eleva à condição de fonte geradora de direitos.”

Num ponto de vista ideal, pode-se dizer que o caráter instrumental do processo determina que seu resultado, devendo ser exatamente aquele almejado pela parte que dele precisa. Assim remete-se ao que José Carlos Barbosa Moreira¹⁰¹ retrata como “postulado da máxima coincidência possível”.

Para Kazuo Wantanabe¹⁰² é fundamental que o processo “tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.

O processo, nesse interim, a fim de cumprir sua função, deve se apresentar como um instrumento capaz de propiciar a efetividade, realizar os direitos, garantir o acesso à justiça e eliminar os conflitos.

4.1.2 Órgãos, Instituições e Setores envolvidos nas demandas judiciais

O Estado, sendo uma entidade abstrata, precisa, para efetuar o exercício de seus poderes e para garantir o cumprimento de suas atribuições, de material humano para efetivar a atuação dos poderes e suas competências, necessitando também de materiais para completar seu desempenho. O órgão, nada mais é do que um personagem organizatório.

Ademais, o Poder Judiciário, em consenso com o delineado no artigo 92 da Constituição Federal, é constituído pelos órgãos a seguir elencados:

1. Supremo Tribunal Federal (STF);
2. Superior Tribunal de Justiça (STJ);
3. Tribunais Regionais Federais e juízes federais;
4. Tribunais e juízes do trabalho;
5. Tribunais e juízes eleitorais;
6. Tribunais e juízes militares;

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendência na execução de sentenças e ordens judiciais. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 215-300.

¹⁰² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. 1999. p. 21.

7. Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Cabe discorrer que o Brasil, na qualidade de Estado Federal, é integrado por Estados-membros com poderes outorgados pela Constituição, para controle, organização e maior eficiência na aplicação de suas justiças.

Enfatiza Luiz Rodrigues Wambier:¹⁰³

“Em razão do Sistema Federativo, adotado como forma de estruturação do Estado Brasileiro, também o Poder Judiciário está dividido de modo a se adequar ao modelo de federação. Assim, há órgãos Judiciários Federais e órgão Judiciários Estaduais (e distrital, em razão do Distrito Federal)”.

A composição da Justiça Federal também é simples, é formada e/ou constituída pelos juízes federais de primeiro grau, e pelos Tribunais Regionais Federais, divididos por regiões afim de facilitar. A competência está disciplinada pelos artigos 108 e 109 da Constituição Federal e sua estrutura pela lei n.º 5.010/66.¹⁰⁴

A Justiça dos Estados e do Distrito Federal é composta pelos órgãos de 1º grau, também conhecido como 1ª instância – juízes de direito; e pelos órgão de 2º grau ou 2ª instância – Tribunais de Justiça e de Alçada. Os Tribunais, por conseguinte, são organizados em colegiados. Já os juízes, atuam monocraticamente (com exceção do Tribunal do Júri, em que se participa o povo, possuindo assim formação colegiada). Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por outro lado, são também órgãos da Justiça Estadual, conforme previsão do artigo 98 da CF/88.

Insta relatar, que fazem parte da composição do Poder Judiciário, ainda que jurisdicionalmente falando não detenham uma competência, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, as escolas da Magistratura e também as ouvidorias de Justiças.

¹⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. In: _____. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

¹⁰⁴ BRASIL. *Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966*. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15010.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

À vista disso, a Procuradoria Geral do Estado - PGE está presente em dois momentos no processamento da ação judicial: na Consultoria Jurídica das SES e também na representação diante do Poder judiciário, ao passo que defende o Estado.

Encarregada de apresentar a primeira prestação das informações e dos dados sobre a ação judicial e de orientar sobre as medidas que devem ser utilizadas pela administração, a Consultoria Jurídica - CJ, é então a unidade jurídica constituída por procuradores de Estado. Algumas SES, além dessas unidades, que se encontram diretamente ligadas ao Gabinete do Secretário, possuem uma Assessoria Jurídica, ou seja, orientação de advogados, sendo recomendável que tal Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário seja responsável pelo acompanhamento e cumprimento do processo, participando de todos os atos.

A CJ, por ser uma unidade vinculada à PGE, tem a função primeira de fundamentar as informações a fim de consolidar a defesa do Estado que será efetivada pelo setor judicial da PGE. Todas as informações necessárias junto aos dados técnicos para robustecer e respaldar à defesa devem ser prestados e colacionados pelas áreas técnicas. Dando continuidade ao procedimento, para poder ingressar com a defesa e acompanhar o andamento da ação judicial, é enviada a cópia dessas informações à PGE.

Em contrapartida, a área de AF deverá enviar à CJ todos os comprovantes que atestem que a decisão judicial foi cumprida, e não somente as informações técnicas indispensáveis, de modo que também seja informado o Judiciário desse fato pela PGE. Assim, a missão da CJ, tal como da área judicial da PGE, é primeiramente e principalmente de defender e resguardar o Estado e não o administrador. Caso excepcionalmente por alguma ocasião a decisão judicial não venha a ser cumprida, por negligência ou inércia, por exemplo, a CJ ou a PGE não poderá defendê-lo.

Todas as Unidades da Federação tem sua própria estrutura da PGE, diretamente vinculada ao governador e, nos âmbitos administrativo (Consultoria Jurídica) e judicial uma área de atuação. Em que a área de atuação judicial fica responsável por acompanhar as demandas judiciais movidas contra o Estado defendendo-o, nos mais variados casos, inclusive nas ações pleiteando o fornecimento de medicamentos, quer individuais, quer coletivas. Como dista o CONASS: “Os Secretários Estaduais de Saúde devem manter estreita relação com o

procurador responsável pela área judicial da PGE para que as providências ocorram de forma articulada, com troca de informações e adoção de providências ágeis.”

Deve-se esclarecer que existem SES nos locais onde as ações que pleiteiam a assistência farmacêutica são interpostas e executadas por entidades da administração indireta (autarquias e fundações). Nesse sentido, a representação judicial por sua vez não é realizada pelos procuradores de Estado e nem tão pouco por uma única unidade jurídica, sendo realizada nesse caso pelo próprio procurador da autarquia ou pelo advogado da fundação e, tendo os dois papéis: consultoria e representação judicial. Ao passo que a PGE defende o Estado, cabe ao MP, por via de seus procuradores e promotores de justiça, a fiscalização e proteção dos princípios e interesses fundamentais da sociedade. Conforme delineado no sítio da Procuradoria Geral da República.¹⁰⁵

“O MP é, funcionalmente independente dos três poderes. Para garantir que o trabalho do MP fique livre de intervenção de qualquer dos poderes é que a Constituição Federal reserva a ele uma Seção específica, no Capítulo IV – Das Funções Essenciais e Justiça. O papel do MP não é simplesmente de guardião da lei; sua missão, embora inclua o aspecto da legalidade, vai muito além desse campo, abrangendo também a guarda e a promoção da democracia, da cidadania e da justiça, da moralidade, além dos interesses da sociedade de uma maneira geral, sobretudo nas questões mais vulneráveis e, portanto, mais necessitadas de amparo, como as etnias oprimidas, o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos humanos, entre outros temas. O MP tanto pode agir por sua própria iniciativa, sempre que considerar que os interesses da sociedade estejam ameaçados, quanto pode ser acionado por qualquer cidadão que considerar que algum direito ou princípio jurídico esteja sob ameaça. Para dar conta de atender às demandas de todo o território nacional, nas mais diversas questões e instâncias judiciais, o Ministério Público está estruturado da seguinte forma: uma primeira divisão do MP o separa em Ministério Público Estadual e Ministério Público da União – MPU. No primeiro caso, a estrutura é mantida pelos estados, no segundo, pela União.”

Nesse diapasão, nota-se que as SES estão suscetíveis a fornecer respostas tanto ao MP Estadual quanto ao MP Federal, além do fato de que o MP costumeiramente se manifesta nas demandas judiciais individuais, podendo, também, se manifestar em ações coletivas contra o Estado. Exemplo disso são as Ações Cíveis Públicas já mencionadas.

Outro aspecto fundamental que precisa ser mencionado na relação entre SES e MP é o referente aos Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta - TAC. São acordos

¹⁰⁵ BRASIL. Procuradoria Geral da República. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2015.

previamente estabelecidos entre o MP e a SES, em que esta firma compromisso de fornecer medicamento a um grupo de pacientes ou uma determinada prestação. Nesse contexto, não resta dúvida de que se trata de um documento extrajudicial, o que significa dizer que evidentemente o seu possível descumprimento ensejará por parte do MP uma ação.

4.2 Os Tribunais

Sintetizando todo o conteúdo ministrado nos capítulos anteriores, pode-se asseverar que a eclosão de um judiciário promissor e inovador decorre, tanto de um cenário de missões onde Executivo e Legislativo negligenciam no desenvolvimento de tarefas que lhes foram constitucionalmente atribuídas, quanto em razão do novo panorama legal que universalizou o direito e ampliou o escopo interpretativo da saúde, cuja concepção evoluiu da simples ausência de doenças ou agravos passando a contemplar o completo bem estar orgânico, mental e social, incluindo-se a integridade física e psíquica do indivíduos.

Daniel Sarmento¹⁰⁶ observa que o processo de universalização da proteção dos direitos fundamentais efetiva-se na medida em que se fortalecem os instrumentos de controle da violação dos direitos humanos, cuja garantia, é albergada por toda comunidade internacional, sendo concebida como uma questão que transcende a soberania dos Estados. O autor relata que o grande desafio da atualização impõe-se às democracias modernas em sua árdua e primordial atribuição de assegurar condições materiais mínimas para a sociedade por meio das prestações positivas de tutela dos direitos sociais.

Consequentemente, à pessoa humana, atribuem-se mecanismos de proteção contra todas as ameaças que possam incidir sobre as condições de vida, moradia, trabalho, entre outras e não sem razão, a atuação do Poder Judiciário tem sido determinante para garantir o acesso a determinados direitos, motivo pelo qual, como destaca Marcos Maselli Gouvêa,¹⁰⁷ demandas inovadoras tornam-se frequentes no Tribunal de Justiça, assistindo-se a uma proliferação de processos destinados a obrigar a Administração Pública a implementar prestações positivas desencadeando um fenômeno que pode ser compreendido a partir da percepção de que estamos diante de uma “ampliação do espectro de obrigações estatais suscetíveis de controle judicial”.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

¹⁰⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

No Tribunal de Justiça, representação local do Poder Judiciário, com frequência, no plano dos debates jurídicos, o direito à saúde é considerado em bases absolutas, com Status superior a outros direitos de sede constitucional, especialmente por sua íntima ligação com a vida e o bem estar.

Segundo Ricardo Augusto Dias da Silva¹⁰⁸ “percebe-se no entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores que o direito à saúde tem sido considerado um direito público subjetivo em quase todas as decisões”. Neste sentido, infere o autor que vem “predominando a lógica de simplificar o direito à saúde como equivalência ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Portanto, todo indivíduo tem o direito à vida, à dignidade humana e à saúde”. É neste sentido que Lênio Luiz Streck¹⁰⁹ afirma: “surge o judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.

Tal reconhecimento do direito à saúde não implica afirmar ser um direito absoluto, conforme defende Luis Roberto Barroso.¹¹⁰ A recepção deste direito depende da demonstração coerente da existência de certos elementos, tais como a carência, hipossuficiência, legitimidade, bem como alguns critérios técnicos e orçamentários.

Cássio Casagrande,¹¹¹ afirma que as consequências da judicialização podem ser observadas sob o prisma tanto da teoria jurídica por ocasião da necessidade de criação judicial do direito, quanto da ciência política inserida na teoria do Estado. Do ponto de vista da teoria jurídica duas premissas são avaliadas. De um lado a constatação de que as mudanças nos padrões de comportamento decorrentes da emergência de novos valores sociais não são acompanhadas pelos sistemas legais, gerando dissensões observadas quando as normas preexistentes e ultrapassadas não têm condições de regular os conflitos surgidos a partir da transformação dos costumes e da moral.

¹⁰⁸ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 45.

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹¹¹ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

Consequentemente, divergências emergem na sociedade antes que o legislador possa delas se ocupar, transferindo-se ao judiciário a responsabilidade de compor alternativas capazes de solucioná-las. De outro lado a atuação legiferante dos tribunais pode ser verificada quando um mesmo fato é disciplinado por duas ou mais normas conflitantes imputando-se ao juiz a atribuição de aplicar uma norma descartando a outra, ou buscar pontos de conciliação entre regras aparentemente antagônicas. Com efeito, o autor registra que esta situação é bastante comum, especialmente quando se pretende buscar uma concordância prática entre princípios constitucionais que estão na base do regramento jurídico e devem ser aplicados tomando-se por referencia um mesmo status hierárquico.

Já sob o ponto de vista da ciência política abandona-se paulatinamente o dogma segundo o qual a função de legislar compete somente ao legislativo admitindo-se, tanto a possibilidade dos juízes e tribunais criarem o direito, acessível a todos, onde se pode promover o debate público e buscar a afirmação dos direitos sociais. Gisele Cittadino¹¹² assevera que a crescente busca dos tribunais por uma sociedade interessada na concretização de direitos individuais e coletivos também constitui uma forma de participação no processo político, tanto em virtude dos tribunais estarem mais acessíveis ao cidadão do que os demais poderes constituídos, quanto em razão da obrigação de, mediante provocação, apresentarem alguma resposta às contendas que lhes são demandadas legitimando garantias e direitos por meio de sentenças.

Essa nova concepção participativa não representa, por conseguinte, qualquer incompatibilidade com um regime político democrático porque estabelece uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular pouco influenciada por decisões adotadas pelas representações majoritárias que se alternam com relativa frequência.

Por outra via, o judiciário entende que o Juiz ao definir uma prestação já prevista em políticas sociais, não está agindo como “criador” de política pública, mas tão somente, determinando seu cumprimento, havendo nessa hipótese a existência de um direito público subjetivo a uma determinada política pública.

¹¹² CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v.5, jul/dez, 2004.

Neste contexto, afirma Ana Paula de Barcellos¹¹³ que “o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo”. Isso porque, compreensivamente “preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro justiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro justiça”.

Ao verificar os fundamentos das decisões judiciais e a realidade anteriormente exposta nos capítulos anteriores. O próprio Judiciário não estabelece critérios uníssomos nestas situações, como expôs Gustavo Amaral¹¹⁴ ao trazer os argumentos mais utilizados nas decisões judiciais em matéria de saúde:

- a) TJSC: “direito à saúde é incontestável e absoluto, devendo o Estado acatá-lo em qualquer caso, sendo o mesmo defeso ao Judiciário comparar esse direito com as possibilidades do Fisco”;
- b) 9ª Câmara de Direito Público do TJSP: “o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde, enquanto que o tratamento de doenças dependeria da filiação a um sistema de previdência e à cobertura dada por esse sistema”.
- c) 2ª Câmara de Direito Público do TJSP: “o direito à saúde era ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão”.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF, no que se refere o debate sobre o grau de eficácia do direito à saúde no Brasil, ao se verificar os fundamentos das decisões jurídicas ao fornecimento de medicamentos possuem alguns posicionamentos característicos:

“A assistência farmacêutica fornecida pelo Estado é materialização dos direitos constitucionais à saúde e à vida e ela pode ser postulada individualmente no judiciário, especialmente quando o cidadão não possui recursos financeiros suficientes para arcar com o custo do medicamento. As normas de gestão do SUS são vistas como entraves burocráticos e mecanismos de resistência do gestor à prestação de serviço de qualidade à população. Não há compatibilização entre a interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF) e as leis e normas administrativas que representam as políticas públicas traçadas pelo Ministério da Saúde para a assistência farmacêutica.

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constituição das políticas em matéria de direitos fundamentais: o controle político, social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 27-30, jan./mar. 2006.

¹¹⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar. 2001. p. 29.

A indicação terapêutica do médico que assiste o autor (receita médica) prevalece sobre os protocolos clínicos e terapêuticos formulados pelos gestores do SUS. Os magistrados evitam debates que envolvem conhecimento médico, ainda que a defesa junte aos autos laudo médico, com indicação terapêutica diferente daquela exposta na petição inicial.

As limitações orçamentárias, tanto fáticas quanto jurídicas, em nenhuma hipótese justificam o não atendimento ao direito à saúde do cidadão na forma como é postulado na petição inicial.

A intervenção judicial na gestão da saúde não representa violação ao princípio da separação dos poderes.

É desnecessário que o autor postule junto ao SUS o fornecimento do medicamento ou que siga os procedimentos administrativos de dispensação antes de recorrer ao judiciário.”¹¹⁵

Com efeito, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que o direito à preservação da saúde, premissa básica da existência digna do ser humano, não pode ser interpretado como uma norma pragmática, pois as normas constitucionais não são meros programas indicativos, mas sim como de eficácia limitada, à qual deve ser dada aplicabilidade imediata.

Assim, encontra-se no estudo realizado nos capítulos anteriores um sistema de saúde relativamente estruturado, mas mal administrado, situação que resulta na reiterada exclusão dos cidadãos que estão à margem do sistema de saúde. Os problemas decorrentes desse contexto são, então, exportados das salas dos gestores públicos para os gabinetes dos juízes. Esse processo foi percebido por Boaventura de Souza Santos:¹¹⁶

“As pessoas que tem consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para protegerem ou exigirem a sua efetiva execução. Como me referiu um magistrado desse país uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão ao tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.”

Essa contextualização permite registrar ainda que as decisões judiciais, fundamentam-se na afirmação de direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos

¹¹⁵ SANTANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 83

¹¹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez. 2007. p. 19.

integrais e universais dos cidadãos brasileiros contidos no arcabouço legal, ignorando, por via de consequência, que as mesmas foram instituídas de forma ampla atreladas à elaboração de políticas sociais e econômicas uma vez que se encontram inseridos dentre aquelas de segunda geração que dependem de intervenções prestacionais de iniciativa do Estado.

Em que pesem as controvérsias comuns diante desses temas permeados por tamanha complexidade, especialmente em razão das restrições orçamentárias alegadas por todos aqueles que se opõem ao atendimento dessas demandas, a esperança depositada pela sociedade na justiça e as sucessivas decisões favoráveis no que se refere ao direito a saúde permitem que se identifiquem determinadas peculiaridades capazes de revelar o juiz do futuro, definido por Elieser Rosa¹¹⁷ como operador compassivo e sensível em relação às dificuldades que afetam seus iguais, conforme se pode observar a partir do exame de processos proferidos em casos concretos no decorrer do capítulo.

Permitindo-se a conclusão de que a preservação do direito prevalece independente da existência de recursos suficientes para custeá-lo, não existindo para os magistrados, limitações de natureza orçamentária ou financeira capazes de constituir empecilho para a imposição de prestações materiais ao ente estatal, podendo-se considerar que a demanda submetida a apreciação do Judiciário envolve intervenções de alta complexidade.

Neste diapasão, nos itens a seguir busca-se trazer uma panorama destas decisões judiciais, a partir dos argumentos levados ao judiciário pelas partes, as decisões do Tribunal de Justiça sobre os serviços de assistência farmacêutica do SUS.

4.2.1 Judicialização da saúde, com foco nas decisões dos magistrados do Tribunal de Justiça

São diversos os motivos para que a Administração Pública não forneça determinados medicamentos, por sinal uns mais legítimos que outros, assim, os magistrados, ao promoverem o controle jurisdicional dos procedimentos administrativos tem a necessidade de dizer algo sobre saúde e também de saber diferenciar as pretensões legítimas das de má fé. É preciso dar robustez ao direito à saúde, pois considera-se que a estruturação de um direito à saúde alinhado ao paradigma do Estado Democrático de Direito é um caminho para se

¹¹⁷ ROSA, Elieser. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister's. 2003.

melhorar e ampliar o sistema de saúde, criando um sistema que atenda melhor as carências de toda população e trate o cidadão não como um cliente, mas sim como um co-gestor.

Os magistrados enfatizam que grande parte dos problemas desafiados nos processos tem origem dos empasses, mas também da falta de comunicação entre os médicos e seus pacientes ou até mesmo entre os próprios médicos, onde infelizmente a hierarquizada relação entre médico-paciente por vezes é marcada pela falta de diálogo. Os reflexos disso geram consequências negativas em vários aspectos do sistema de saúde, criando litígios, e em alguns casos, chegando ao judiciário.

É fato que a demanda judicial demonstra uma tensão interna no sistema de assistência à saúde, tensão esta resultante da autonomia do médico em sua prescrição ao paciente e os regulamentos, normas sanitárias, PCTS. Na legislação brasileira, o médico responde pessoalmente pelos danos ou “perda de chance de cura”¹¹⁸ que vier a causar ao paciente. Da mesma forma, o Estado ou ente público também pode ser responsabilizado. Contudo as responsabilidades institucionais e pessoais são diferenciadas tanto no entendimento legal como na questão ética. Ao passo em que a responsabilidade dos profissionais de saúde é averiguada de forma subjetiva, já a obrigação do Estado é objetiva, pelo fato de que o reivindicante precisa somente comprovar uma relação de causa efetiva entre a missão e a ação do ente público e o dano reclamado pelo cidadão.

É passível de se visualizar assim, que as relações micro estruturais também criam litígios e não apenas as políticas estruturais e de gestão que chegam ao judiciário, e como a Administração Pública não vem conseguindo lidar com tais problemas, acaba por transmiti-los para o Poder Judiciário, corroborando a tendência do momento de direcionar a este poder a tomada de decisões de suma importância.

No debate do atual cenário jurídico, existem três posições a respeito da eficácia do direito à saúde, que se dividem em análises acerca das possibilidades de atuação do judiciário na determinação de prestações a serem cumpridas pelo SUS.

Um primeiro posicionamento assevera que a eficácia desse direito deve ser restrita a prestação de serviços e insumos disponíveis do SUS, a serem determinados pelo gestor

¹¹⁸ ROSARIO, G. C. M.. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 169. 2008.

público. Já uma segunda corrente compreende que o direito à saúde implica e está diretamente relacionado a garantia do direito à vida e integridade física do indivíduo, sendo o judiciário obrigado a considerar a autoridade absoluta do médico que assiste ao autor da ação judicial, obrigando o SUS a fornecer o tratamento indicado.

Contudo, um terceiro posicionamento defende a questão de que a eficácia do direito à saúde deve ser a mais ampla possível e necessita de tal amplitude, afirmando que o judiciário na análise do caso concreto deve ponderar direitos, interesses e bens em jogo, para só assim fixar o conteúdo da prestação devida, pelo Estado.

A terceira posição, no entanto, é a que se revela mais adequada e alinhada à compreensão da sinergia entre saúde e direito, visando a garantia do direito do cidadão ao acesso à justiça e ao acesso à saúde. O juiz, em sua análise, deverá considerar, por exemplo, se as alternativas terapêuticas, ofertadas pelo SUS, conseguem atender as reais necessidades do demandante, sem que lhe cause prejuízos significativos em seu bem-estar; ou se caso a prescrição médica individual requerida, quando comparada ao que existe disponível no momento no SUS é respaldada por evidência científica, sendo este o único meio eficiente para garantir a saúde do demandante.

No presente momento, até mesmo os estudos que salientam os aspectos negativos da ampliação da atuação judicial dentro do sistema de saúde reconhecem que há, de fato, um enorme descompasso entre a medicação ofertada e a demanda do cidadão no sistema público pelas medicações almejadas, e um significativo atraso na incorporação de novas tecnologias no sistema público de saúde, que se expressa na crescente demanda judicial, no contexto brasileiro. Considerando a nítida escassez de recursos e a necessidade da sua justa distribuição, uma das principais divergências observadas na discussão está correlacionada ao modo como uma sociedade democrática não só pode como deve solucionar este déficit entre demanda e oferta das novas tecnologias.

Tratando a respeito da incorporação de novas tecnologias no SUS, os magistrados diante de suas capacidades avaliativas sobre o assunto constataam não só o regular atraso de tal incorporação como o fato de que ela é feita, algumas vezes, de forma acrítica, o que pode comprometer não apenas a equidade da prestação de serviços, mas também a qualidade

conforme relatos no item anterior. Destaca-se, ainda, Scramm e Escosteguy¹¹⁹ que “não existe uma correspondência simples entre saber técnico-científico e saber moral”, isto é, que a implantação das novas tecnologias nos sistemas de saúde e na prática médica deve considerar não só “objetos pragmáticos dos gestores na avaliação da eficiência, eficácia e efetividade das novas tecnologias”,¹²⁰ mas também os deveres éticos e legais de proteção e cuidado, maximizando benefícios e reduzindo malefícios, preservando assim as liberdades individuais e o acesso igualitário como relatos no segundo capítulo.

Nesse seara destaca Boaventura de Souza Santos:¹²¹

“De todo modo, nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo. E, já não é um protagonismo de tipo político que acabei de me referir. Antes parte da ideia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente.”

Tendo em vista o que fora anteriormente descrito, o judiciário encontrou uma fórmula bastante cômoda para assumir de uma vez por todas o papel de protagonismo que lhe oferecem: fazer valer a palavra dos médicos. Após certa hesitação que se desenrolou até o início desta década, os juízes assumiram um posicionamento bem definido e firme a respeito da questão no sentido de obrigar o Estado a bancar os tratamentos que os médicos das partes lhes indicam. E assim, com esses entendimentos, o judiciário permaneceu por anos, enquanto o problema só crescia e adquiria contornos preocupantes.

No entanto, as experiências saboreadas pela magistratura, em especial na 1ª instância, demonstraram que o SUS é regulado por uma série de normas com destaque para os protocolos clínicos e terapêuticos, padronização de medicamentos, procedimentos de atenção básica, etc; parâmetros estes que foram utilizados pelos magistrados nas decisões judiciais.

Antes mesmo de formular critérios para análise ou proferir sua sentença, os juízes devem estar dispostos a dialogar e por vezes questionar o saber médico. Pois as contradições

¹¹⁹ SCHRAMM, F. R.; ESCOSTEGUY, C. C. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 951-961, out./dez. 2000.

¹²⁰ SCHRAMM, F. R.. Bioética da proteção e incorporação de C&T em saúde. *BIS – Boletim do Instituto de Saúde*, n. 42, ago. 2007. p. 9.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez. 2007. p. 15.

surtem diante das informações. Contudo assumir tal postura é muito difícil conforme bem registra Boaventura de Souza Santos:¹²²

“Além da autoridade do saber médico que, por si só, desestimula qualquer diálogo ou contestação, a formação dos magistrados desestimula qualquer inclinação para o debate com outros saberes. Confunde-se a ideia de independência funcional com autossuficiência. Finalmente, a última característica da cultura jurídica dominante é confundir independência com individualismo autossuficiente. Significa, basicamente, uma aversão enorme ao trabalho de equipe; uma ausência de gestão por objetivos no tribunal; uma oposição militante à colaboração interdisciplinar; e uma ideia de autossuficiência que não permite aprender com outros saberes.”

O aperfeiçoamento por parte dos juízes da capacidade de buscar novas formas de interação entre o Estado e a sociedade é uma ocorrência que indica uma transformação na postura passiva dos magistrados frente às dinâmicas sociais. O juiz é convocado a reconstruir o ordenamento e a executar um papel ainda mais estabilizador do que exercia no passado. No contexto atual, segundo Rangel¹²³ os juízes não perdem mais tempo opinando e se dedicando sobre essas questões. O magistrado tem que saber conforme Antônio Henrique Gaspar,¹²⁴ adaptar a complexidade dos novos tempos, criar critérios, interagir com princípios essenciais através da adequação e complementação da legislação: Pois cabe ao juiz a adequação do direito e não a alteração da lei, pois afinal não goza dessa prerrogativa do legislador.

Assim, afirma Tereza Arruda Albim Wambier:¹²⁵

“aquele que pretende ser parcial, deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão escondidos”

Retrato dessa afirmação são as alterações trazidas pela lei 8.952/1994, que procuram trazer mais celeridade à proteção do direito material, enquanto se aguarda o pronunciamento definitivo do poder jurisdicional, seja por meio da antecipação de tutela do artigo 273 do Código Civil ou pela abreviação do procedimento de execução de sentença judicial nos termos do artigo 461 do mesmo código.

¹²² SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez. 2007. p. 15.

¹²³ Ibidem. p. 87-98.

¹²⁴ GASPAR, Antônio Henrique. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exejeta a ministro da verdade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p.19-29, jan./abr. 2007.

¹²⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Albim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹²⁶ de forma mais incisiva, destaca que:

“A pronúncia do juiz é a própria voz da lei in concreto. Esta é sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Por isto, ao juiz jamais caberia dizer que tanto cabia uma solução quanto outra (que é característico da discricção), mas que a decisão tomada é a que o Direito impõe naquele caso.”

No sentido oposto, Jorge Tosta,¹²⁷ sustenta que:

“há uma margem de liberdade que permite ao juiz decidir por critérios de conveniência e oportunidade. Ao decidir de acordo com essa margem de liberdade que a própria lei lhe dá, aqui sim, exerce poder discricionário, já que atua segundo um juízo de oportunidade e não de legalidade.”

O autor cita o artigo 1.010, §2º, do Código Civil, como exemplo de discricionariedade, pois caberá ao juiz decidir na existência de consenso entre os membros de uma sociedade, mas ressalta que, “não é qualquer solução que poderá ser adotada, mas somente aquela que representa e atenda aos melhores interesses da sociedade”.

De acordo com Cristina Garcia Pascual¹²⁸ a “perda da inocência política”, tem gerado situação de atitude dos juízes comprometidos com a vontade da sociedade e com os fins e fundamentos da democracia. Contudo, não se pode negar que em outras situações, conforme se destacou a respeito do perigo da “juga para as Cláusulas gerais”, contidas no Código Civil de 2002, que culminou na “Flexibilização de diversas normas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto”, essa nova atuação tem constituído a plataforma sobre a qual a justiça age com certa arbitrariedade amparada no ativismo judicial.

No mundo contemporâneo não é crível que o legislador consiga abordar em sua atividade típica todas as hipóteses fáticas em que o direito deve ser aplicado, ainda mais diante da vertiginosa inovação tecnológica.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2, ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

¹²⁷ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

¹²⁸ PASCUAL, Cristina García. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia Edicions Alfonsel Magamim. 1997. 1997. p. 157.

No âmbito das relações privadas temos em nosso ordenamento jurídico o Código Civil, encabeçando o conjunto de normas infraconstitucionais para regular situações gerais e específicas do direito privado além de outras legislações específicas como o CDC. Embora existam inúmeras normas regulando as relações privadas sempre haverá uma situação não abordada pelo legislador e que necessitará de integração pela atuação do juiz, como preconiza a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB.

É de se ressaltar que, em algumas situações o legislador não padece da omissão, mas para atender as demandas sociais - no que tange a buscar a melhor adequação do caso concreto à norma jurídica - o legislador apresenta normas com um conteúdo “aberto”, ou seja, sujeito ao exercício da liberdade judicial ou a criatividade segundo retro destacado e conforme acentua Ricardo Mauricio Freire Soares:¹²⁹

“Não raro, o enunciado das Cláusulas Gerais, ao invés de descrever rigorosamente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, ensejando, pela abertura semântico pragmática que caracteriza seus termos, a inserção no diploma legal de pautas de valorização oriundas do substrato social.”

Por meio das Cláusulas Gerais, o legislador direciona ao juiz o poder para valorar a expressão “aberta” da norma jurídica ao caso concreto; em outras palavras, o texto de lei apresenta uma disposição geral, cabendo ao juiz verificar se determinado fato está abarcado pela expressão contida no comando normativo, mas incentiva o Magistrado a exercer sua criatividade, agindo com equidade.

Nesse sentido, para além da tradicional interpretação jurídica, cuja perspectiva geralmente se volta para o passado, há exemplos recentes segundo Pascual¹³⁰ de decisões dos Tribunais que tentam antecipar tendências da opinião pública e da realidade social, em vez de tomar as lições do passado, acomodar as maiorias ou contemplar as elites.

Na experiência brasileira, após a redemocratização e a CF/88, a reorganização das funções estatais e a nova arquitetura institucional, por um lado, e o espraiamento no sistema de normas como as cláusulas gerais, por outro, ampliaram o espaço de atuação dos magistrados e dos tribunais. Assim, consequentemente aumentam a responsabilidade no

¹²⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³⁰ PASCUAL, Cristina Garcíá. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia Edicions Alfonsel Magamim. 1997.

desempenho profissional, na orientação ética e no cumprimento de seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais.

Surge, então, a discussão acerca da liberdade dos juízes no cumprimento da função típica de julgar, ou seja, se ao lhe ser concedido pelo legislador a prerrogativa de completar a expressão aberta ou vaga da lei, o juiz deve simplesmente remontar a *mens legislatoris*, reduzindo a sua atividade a de *juris dictio* ou decidir de acordo com o objetivo da lei dada contemporaneidade do conflito que é chamado a solucionar. No entanto, cabe ao juiz, exercer a atividade recriadora do direito pelo processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas realidades sociais com responsabilidade, com soluções justas aos conflitos e na busca da paz social e que traz dinamismo ao direito.

4.2.2 *O Judiciário e à Saúde: Uma contribuição para a Revolução Democrática da Justiça*

Compreende-se no saber de Luiz Roberto Barroso¹³¹ que “judicializar significa tratar judicialmente, chegar a um julgamento ou decisão”, especialmente quando se trata do fenômeno da judicialização da política pública de concessão de medicamento de alto custo. Assim, quando o direito à saúde invocado por cada parte que litiga, no judiciário deve ser interpretado à luz das políticas públicas e normas administrativas que estruturam o SUS. Mas, se essas normas são um parâmetro para definir o que é saúde, ao tempo em que expõe os cidadãos a uma nova e perigosa forma de exclusão. Adquire-se, então, sérios problemas no caminho rumo a uma maior inclusão.

É o aspecto subjetivo do direito à saúde que está em discussão, contudo, trabalha especificamente um âmbito desta questão: o individual. Em âmbito jurídico, em praticamente todas as ações judiciais em que se analisa a assistência farmacêutica, encontra-se o usuário individual que pleiteia a dispensação do medicamento receitado pelo seu médico assistente para se tratar.

¹³¹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

De fato, a saúde é um direito público, de aspecto também coletivo e difuso. E assim, é que deve ser tratado, buscando entender a quem cabe excluí-lo, quem pode decidir acerca da vida e da morte do indivíduo.

Face a este entendimento, os estudos de Giorgio Agamben¹³² e de Michel Foucault¹³³ demonstram que esse poder de decisão ao longo da história passou para as mãos de quem detém o poder bio-político. Exclusivamente no campo da saúde, a realidade acaba por ser mais complexa, pois a decisão já não está mais nas mãos de um único soberano, não sendo mais tão fácil diferenciá-los que exercem o poder e os que estão subordinados a ele como destaca Giorgio Agamben:¹³⁴

“Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanto política, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote.”

Percebe-se que esse poder de decisão sobre a vida e a morte, no campo da saúde, pertence hoje tanto aqueles que possuem determinados saberes – juristas, farmacêuticos, médicos, etc – quanto aos que podem influenciar o poder público. Destaca ainda o autor que nem mesmo vida e morte são conceitos propriamente científicos, mas conceitos políticos que adquirem significado preciso somente através de uma decisão.¹³⁵ Ora, se é a decisão política e o conhecimento que definem a vida dos cidadãos, é necessário que eles deixem de ser apenas objeto dela e tome uma decisão passando a ser o protagonista e participe na produção do conhecimento.

A valorização da participação social tanto no espaço da política – por meio da participação na formulação das políticas públicas e do controle social de sua execução – quanto no compartilhamento dos saberes que estruturam o sistema de saúde (médico, jurídico, administrativo, etc.), pode transformar a potencial exclusão a qual os cidadãos estão expostos em uma efetiva inclusão de todos.

¹³² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo horizonte: ed. UFMG, 2002.

¹³³ FOCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

¹³⁴ AGAMBEN, op. cit., p. 128.

¹³⁵ Ibidem. p. 128.

Nesse sentido, faz necessário ressaltar que se Agambem e Foucault estavam corretos ao afirmar que as decisões bio-políticas é que definem o que será feito de nossos corpos, é imprescindível que antes possamos definir os contornos dessas políticas, na participação social. Como conclui Agamben:¹³⁶ “nós somos apenas, nas palavras de Foucault, animais em cuja política esta em questão suas vidas de seres vivos, mas também, inversamente, cidadãos em cujo corpo natural esta em questão a sua própria política.” Verifica-se que a participação social é o fiel da balança, pois, na participação reside a grande esperança de mudança de nosso sistema de saúde.

Consequentemente, à pessoa humana atribuem-se mecanismos de proteção contra todas as ameaças que possam incidir sobre as condições de vida, buscando meios, procedimentos e canais por meio dos quais possa participar e, a partir de então, abandonar o papel de clientes e buscar o protagonismo na formação do sistema de saúde. Motivo pelo qual, como destaca Marcos Maselli Gouvêa,¹³⁷ demandas inovadoras tornam-se frequentes nas varas de Fazenda Pública, assistindo-se a uma proliferação de processos destinados a obrigar a Administração Pública, a implementar prestações positivas desencadeando um fenômeno que pode ser compreendido a partir da percepção de que estamos diante de uma gradual “ampliação do espectro de obrigações estatais suscetíveis de controle social.”

Entende-se que, dessa forma, os magistrados inspirados nas experiências institucionais conforme no item anterior, busca critérios sociais e politicamente constituídos para definir a prestação dos serviços de saúde, tendo maiores chances de ler os casos demandados a sua melhor luz,¹³⁸ fomentando um julgamento mais legítimo e efetivo, no qual, embasado no conhecimento socialmente produzido, possa colaborar para o enfrentamento dos reais problemas do SUS.

No caso específico da saúde, Ieda Tatiana Cury¹³⁹ indica que durante o ano de 2014, somente nas varas de Fazenda Pública no Rio de Janeiro, mais de trezentos e cinquenta ações individuais teriam sido ajuizadas por usuários interessados no recebimento de medicamentos de alto custo. As sucessivas decisões favoráveis no que se refere ao direito a saúde e a

¹³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo horizonte: ed. UFMG, 2002.

¹³⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

¹³⁹ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à saúde. Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2014.

esperança depositada pela sociedade na justiça permitem que se identifiquem determinadas peculiaridades capazes de revelar o juiz democrático, definido por Elieser Rosa¹⁴⁰ como operador compassivo e sensível em relação as dificuldades que afetam seus iguais, conforme se pode observar a partir da análise dos processos ilustrativos a seguir.

4.2.3 A realização de tratamento de saúde

Tomando por referência as demandas submetidas ao judiciário visando à realização de tratamentos, Kleber Paulo Leal Filpo¹⁴¹ enumera diversos casos dentre os quais destaca-se o Mandado de Segurança-DF nº 2002.34.00.026991 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no caso representativo de uma situação de omissão do Estado. A autora sofria de câncer na mama e estava em tratamento em estágio avançado com metástase, na rede pública de saúde. O hospital fornecia regularmente os medicamentos quimioterápicos que atendiam aos requisitos técnicos e terapêuticos, havendo interrupção súbita do tratamento, pela falta dos remédios prescritos. São pleiteados dois medicamentos, Docetaxel – Taxotere^R 115 mg e Gencitabina 3.100 mg, sendo que o primeiro consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME do Ministério da Saúde. A ação foi conduzida pela Defensoria Pública da União, uma vez que a mulher fora declarada pobre.

Caso analisado, se há omissão ou não do Estado, se prescrito por médico vinculado ao SUS, se o tratamento indicado ao autor segue os protocolos e diretrizes terapêuticos previamente aprovados pelos gestores do SUS e que a prescrição do medicamento seja realizada com indicação da substância ativa (medicamento genérico), com especial atenção do medicamento ser ou não padronizado, etc. A petição confeccionada pela Defensoria Pública, traz como principal argumento a garantia dos direitos à vida, à saúde, à dignidade, que são necessidades básicas que devem ser minimamente garantidas para que as escolhas e oportunidades do sujeito possa ser protegida. O justo que não devem considerar limites de recursos, cuja promoção é de competência de todos os entes federativos.

Foram consideradas as manifestações da Advocacia Geral da União – AGU – os argumentos apresentados pelos réus são de ordem administrativa. São vários os argumentos: A ilegitimidade do judiciário em emitir juízos que cabem ao Poder Executivo, podendo incorrer afronta ao princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes da

¹⁴⁰ ROSA, Elieser. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister's, 1985.

¹⁴¹ FILPO, Kleber Paulo Leal. *Quando o Tribunal é o pronto socorro: Aspectos da judicialização do direito à saúde no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. 2005.

União; se cabe ao MS dispor sobre a fiscalização e controle das ações e serviços, e se é a instância responsável pelo desenho da política de saúde alterar tais normas, por meio de decisão judicial, seria subverter a ordem constitucional e o princípio da separação dos Poderes, além de poder significar ameaça ao próprio SUS, conquista histórica brasileira. Argumenta-se também que o Estado deve prover o acesso universal aos serviços de saúde, com base na Constituição Federal. Prestar direito individual a saúde seria ferir o princípio da igualdade e o preceito da coletividade, o que significaria tratar desigualmente os demais brasileiros doentes, e cujo tratamento dependeria das mesmas dotações orçamentária. O último argumento, é que o segundo medicamento não consta nas listas de medicamentos garantidos pelo SUS, ou seja, não é padronizado, não havendo, portanto garantias de que o tratamento prescrito seja único capaz de atender ao tratamento, já que existem outras drogas que poderiam ser ministradas com eficácia comprovada. Além disso, retomando o argumento da escassez de recursos, quando os medicamentos não estão na lista do MS, a racionalização do sistema restaria comprometida para que outros remédios básicos à população fossem fornecidos, interferindo de maneira negativa no orçamento previsto.

Portanto, a decisão judicial avalia ter havido omissão do Estado. Mesmo já tendo sido sanada com o restabelecimento do tratamento, entendeu-se que a pessoa não poderia ser submetida a novos riscos à sua saúde, especialmente devido à experiência da terminalidade. De modo geral, não é aceita pelos juízes a argumentação de que a decisão judicial privilegia situação individual em detrimento do coletivo, pois compete ao judiciário fazer valer norma constitucional, principalmente nos casos de enfermidades graves. Também é refutada a menção a escassez de recursos, considerada como insuficiente para desresponsabilizar o Estado do dever de subsidiar medicamentos necessários à manutenção da saúde.

Para os juízes, o direito à saúde não corresponderia ao atendimento a uma necessidade básica de garantia da dignidade humana, independe do perfil dos sujeitos, mas sem a proteção da atuação dos cidadãos na sociedade, supostamente impedida por uma condição física desfavorável.

No entanto, também para os juízes, a argumentação dos réus, em momento algum refuta o fato de que a autora comprova seu grave estado de saúde e a necessidade de dar continuidade ao tratamento, que atendia aos requisitos técnicos e terapêuticos, condições suficientes para verificar a existência do direito. Outro fator, é o direito de igualdade,

considerando que a paciente seja pobre e incapaz de obter os medicamentos por conta própria, é dever do Estado assegurar-lhes tratamento desigual a fim de impedir que os menos favorecidos tenham seu direito à vida ameaçado, no sentido de dar oportunidades iguais aos diferentes. Esse componente de classe caracteriza a hipossuficiência como condição imprescindível para ter acesso ao benefício.

Kleber Paulo Leal Filpo¹⁴² registra ainda a sentença proferida em Ação Civil Pública proposta pelo MP do Estado do Rio de Janeiro em face da Fundamentação Municipal de Saúde de Petrópolis e do respectivo Município propondo se a condenação dos réus “na obrigação de prestar assistência terapêutica e medicamentosa a todos os municípios petropolitanos, carecedores dessa assistência integral”. Pela leitura da decisão verifica-se que o julgador teve a preocupação de vincular a concessão à comprovação de hipossuficiência do autor. Confirmada em segundo grau de jurisdição a sentença imputada ao Poder Público Municipal a atribuição de fornecer a todos os municípios os medicamentos necessários a manutenção de sua saúde.

O que se expressa nessas análises é o que relata nossos estudos desde o primeiro capítulo, as colisões entre direitos: direito à saúde versus normas administrativas do SUS e direito à saúde versus restrições orçamentárias (reserva do possível). Os operadores do direito, porém, não admitem que um direito constitucionalmente tutelado tenha sua concessão vinculada a Políticas Públicas que não conseguem atender a uma demanda que não para de crescer.

Sintetizando o que foi abordado neste capítulo, pode-se considerar que se a demanda submetida a apreciação do Judiciário envolve intervenções de alta complexidade, custo elevado ou eficácia duvidosa, as decisões não convergem em um mesmo sentido sendo comum sentenças divergentes e até mesmo contraditórias para pleitos semelhantes. Mesmo assim, ainda que o sistema jurídico e o sistema político estejam caminhando operacionalmente, reputa-nos admitir que a cada dia se torna mais intenso o campo de atuação da justiça no crescente envolvimento com as questões de ordem social do objeto direito à saúde, que reclama pelo justo nos inovadores recursos de acesso à justiça e, sobretudo, pelas esperanças revigoradas ante o processo de redemocratização.

¹⁴² FILPO, Kleber Paulo Leal. *Quando o Tribunal é o pronto socorro: Aspectos da judicialização do direito à saúde no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. 2005.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa foi iniciada com o desafio de se procurar entender o contexto da judicialização dentro do direito à saúde, buscando analisar os possíveis vínculos entre acesso à justiça e a efetividade de um dos pontos cruciais do direito a saúde: o acesso aos medicamentos.

No decorrer do estudo pude verificar que a judicialização, mais especificamente no liame da concessão de medicamentos de alto custo, é um fenômeno que vem se intensificando dentro de um contexto onde se destaca a mobilização social para lograr êxito na viabilização do acesso gratuito a medicamentos relacionados a variadas patologias com particularidades diversas. Onde, é passível de ser verificar uma dualidade que se caracteriza por uma política social de inclusão versus uma economia de exclusão, devido a um Estado, que apesar de pretender ser social, não consegue romper com o modelo econômico que não tem como fundamento a inclusão social como vetor prioritário, ainda que eventualmente o alcance.

A partir de tais apontamentos, afirmamos que para que a inclusão formal criada pela universalização do direito à saúde se desenvolva é necessário que a valorização da participação social seja um elemento central, tornando efetivo o acesso dos cidadãos ao serviço de saúde que pretendem obter, ou seja, considerando de forma mais ampla, como o acesso aos benefícios jurídicos em geral no nível legislativo e administrativo, além do acesso ao judiciário. Deveras existe uma grande dificuldade de se estabelecer entre as partes envolvidas e/ou afetadas pelas decisões judiciais nesse âmbito um consenso, porque tal consenso implicaria decidir a partir da abstração do que é justo e do pluralismo moral existente nas sociedades democráticas, sobre o que é justo se reivindicar e o que se deve proteger.

Nessa perspectiva, a análise institucional possibilitou a identificação da existência de duas problemáticas centrais trazidas para o Direito e a Saúde – que se expressam no fenômeno da judicialização da saúde – a primeira problemática, verificada no âmbito dos poderes executivos, legislativo ou judiciário, seria a de que o Estado deve amparar as pessoas dos eventuais riscos e das novidades oferecidas pelo então “mercado de saúde” que ocasionalmente, cria “necessidades” para “vender” soluções através de demandas requerendo medicações de alta complexidade tecnológica, muitas vezes, não padronizados no SUS. E ao mesmo tempo, promovendo o acesso das pessoas aos avanços biotecnocientíficos que também

podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem estar das pessoas, de maneira equânime e sem diferenciação de qualquer espécie, cumprindo assim com seus deveres de assistências.

A segunda problemática trata sobre o equilíbrio econômico e financeiro que são elementos indispensáveis, pelo simples fato de que sem eles não haverá meios para se apoiar o desenvolvimento social, ou seja, não há recursos disponíveis para se optar totalmente pelo social, e a predileção pelo econômico, por si só, acaba não garantindo a sustentabilidade diante do perigo eminente da exclusão social.

Da releitura da prática judicial, a partir dos aparatos conceituais do Direito, restou verificado que estas dificuldades de se articular tanto os impasses vivenciados pelo Estado como esses elementos e ao mesmo tempo estabelecer os acordos necessários sobre o conteúdo e o modo de garanti-los tem sido o distanciamento entre o direito vigente na lei e o direito vivido na prática por milhões de usuários, ou seja, o direito vigente, que reconhece o direito a saúde de forma universal, integral e gratuita, como uma lei justa.

É o direito vivido que aponta violações diárias decorrentes das profundas desigualdades sociais e pessoais, combinados com as deficiências dos sistemas públicos de saúde, que espelham a incapacidade do Estado (ou ausência de vontade política) de atender as necessidades dos cidadãos. Verificado, por tanto, que a alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete essa busca de aproximação, ou melhor, de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance.

A partir dessa análise evidenciasse que uma enorme demanda tem assolado o poder judiciário em se tratando de distribuição de medicamento de alto custo por parte do poder público. Isso, de certa forma, prejudica o sistema, uma vez que o Estado não se encontra preparado para assumi-la, bem como a jurisprudência até o momento não conseguiu adotar um critério fixo para a distribuição dos medicamentos, ora aduzindo decisões consideradas extravagantes, condenando à administração a custear tratamentos caríssimos, ora determinando a concessão de medicamentos, muitos de alta onerosidade.

Essas demandas judiciais terminam por acarretar superposição de esforços e defesas, envolvendo várias entidades federativas e mobilizando uma grande quantidade de agentes públicos, servidores e procuradores, acarretando um enorme dispêndio de recursos públicos, tendo como principal reflexo da judicialização o aumento de gastos pelos governos para cumprir as decisões. Porém não se pode admitir que esse argumento, por si só, impeça o poder

judiciário de fazer valer as normas constitucionais, destacando a saúde de maneira acertada, como um dos cânones do direito a vida e considerando-a como um dos conteúdos que compõem a dignidade da pessoa humana.

A discussão sobre o tema reflete a dicotomia que cerca a questão: privilegiar o individual ou o coletivo, de um lado, a participação do judiciário significa a fiscalização de eventuais violações por parte do estado na atenção à saúde. Mas, de outro, o excesso de ordens judiciais pode inviabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do SUS.

Essa discussão, adentrada no tópico dos denominados entendimentos contraditórios entre si: “Mínimo Existencial” e “Reserva do Possível”, revela que é essencial um desvelo ao se dar efetividade a um direito fundamental que demanda em volumoso gasto financeiro aos poderes públicos. Deve-se verificar até onde a decisão esta sujeita ao atendimento sem arriscar o equilíbrio financeiro do SUS, sobre tudo em período de crise econômicas. Porém, deve ser realizada uma advertência, quanto as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível precisam sempre ser analisada com cautela. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial, é preciso demonstra-la, fazendo-se necessário que a “Constituição organize os poderes do Estado e vida social de forma a assegurar a cada pessoa seu direito”.¹⁴³

Destarte, o argumento da reserva do possível apenas deve ser acolhido se o Poder Público evidenciar de maneira satisfatória que a decisão acarretara mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

Conclui-se que sendo comprovado que o usuário sofre de determinada doença, necessitando de determinado medicamento para tratá-la, o remédio deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna, desse modo, o Judiciário deve escolher/optar por substâncias disponíveis no brasil, tendo preferência aqueles conveniados ao SUS, pois os critérios técnicos tem necessidade de serem observados a fim de garantir maior efetividade à politica de saúde e maior eficiência do gasto. Além disso, é imprescindível que o magistrado verifique se a prescrição médica é condizente com o diagnóstico da moléstia que acomete o paciente e com os tratamentos a que ele já se submeteu, bem como é necessário constatar se a emissão de receita foi efetuada por

¹⁴³ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v.22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

profissional habilitado e especialista no trato de problemas da espécie e se a dosagem prescrita atende as finalidades do tratamento.

É evidente que o Judiciário com seu definitivo papel emancipatório no cenário social entre o cidadão e o Estado, não deve ignorar o fato de que indivíduos correm sérios riscos de vida, visto não terem acessos a novas tecnologias farmacêuticas ou condições financeiras para a aquisição dos medicamentos. Porém, é preciso que os interesses individuais sejam contextualizados dentro das políticas públicas estabelecidas, a fim de garantir um tratamento mais igualitário. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, conhecido também como núcleo essencial de tais direitos.

Certifica-se, portanto, que os Tribunais Superiores estão prestigiando o conceito de mínimo existencial, ou seja, o mínimo indispensável à dignidade da vida humana - à saúde, fundamento este utilizado para apreciação de pedido individuais de fornecimento de medicamentos. Essa proteção faz-se necessária, inclusive, par que o poder judiciário não interfira e/ou inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo no tocante a elaboração de sua políticas públicas, o que afasta qualquer chance de bater de frente com o pacto federativo.

Consequentemente, divergências emergem nas sociedades antes que o legislador possa delas se ocupar, transferindo-se ao judiciário a responsabilidade de compor alternativas capazes de solucioná-las, estabelecendo uma relação de compromissos entre o Poder Judiciário e a soberania popular, admitindo-se, tanto a possibilidade dos juízes e tribunais criarem o direto, acessível a todos, onde se pode promover o debate público e buscar a afirmação dos direitos sociais.

Neste sentido, a ampliação do poder judicial, com a consequente judicialização da política, não pode ser analisada de maneira pontual e isolada, mas, sim, como um fenômeno situado historicamente no processo de construção democrática da sociedade brasileira, e potencialmente favorável à ampliação dos mecanismos de participação e garantia de direitos. A identificação do Judiciário como arena de embate – onde se garante formalmente a igualdade com o contraditório e a ampla defesa – é uma resposta à insuficiência ou deficiências dos canais institucionais tradicionais de controle social e de participação popular.

A construção normativa de uma sociedade pressupõe o conflito de interesses e, do mesmo modo, a demanda judicial reflete disputas, conquistas ou retrocessos, estabelecidos para além da esfera jurídica. O grande desafio é pensar na judicialização da saúde como

estratégia legítima, porém a ser orquestrada com outros mecanismos de garantia constitucional de saúde para todos. De fato, para o alcance da justiça, deve ser adotado um conjunto de ações por meio das quais se busque implementar as diretrizes constitucionais.

As discussões sobre os limites e possibilidades da intervenção do Judiciário não se restringem à análise do conteúdo da decisão judicial ao regulamento ou à prescrição médica adequada, mas colocam em jogo novos atores na partilha de poderes e renomeação de domínios. A resistência de se admitir como legítima esta intervenção repousa, em razão das deficiências da atuação judicial nesse novo campo, mais nas dificuldades políticas de se implementar a democracia ampliada e participativa, do que em debilidades operacionais superáveis, com relação às quais os gestores dos dois sistemas vêm avançando.

Para que tal intento se realize, deve o Direito ser considerado como uma ferramenta de mudança institucional e social, que pode e deve ser utilizada pelo Judiciário a fim de auxiliar a construção de um sistema de saúde na base constitucional do acesso universal e igualitário, atendimento integral e participação social. Assim sendo, apresenta contribuições que servem como alternativas para que, no julgamento das demandas por medicamentos os magistrados possam: avaliar de maneira melhor e mais assertiva as características dos casos concretos, enriquecer o debate judicial sobre a saúde com o conhecimento advindo da sociedade e valorizar as normas administrativas e orçamentárias que estruturam o SUS e veiculam as políticas públicas por saúde.

Conclui-se que a efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não meramente formais e restritas às ordens judiciais. As demandas judiciais não podem ser consideradas como principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores e, muitas vezes, na melhoria do acesso dos medicamentos no âmbito do SUS.

De fato, a judicialização da saúde traz alterações significativas nas relações sociais e institucionais, com desafios para a gestão e para os diversos campos do saber-fazer, representando efetivamente o exercício da cidadania plena e a adequação da expressão jurídica às novas e crescentes exigências sociais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- ABRÚCIO, Luiz Fernando. Para além da descentralização: Os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (Org). *Democracia, Descentralização e Desenvolvimento*: Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo horizonte: ed. UFMG, 2002.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar. 2001. p. 167.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. (Org.) *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.
- BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, p. 829-839. mar., 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constituição das políticas em matéria de direitos fundamentais: o controle político, social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 27-30, jan./mar. 2006.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral de processo e processo de conhecimento*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-100.
- BARROSO, Luiz Roberto. *É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>>. Acesso em: 24 maio 2015.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialiçãõ, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 10-20, mar. 2008. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: <<http://www.conass.org.br>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 2010.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2011*. Dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966*. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

BRASIL. *Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347.htm>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03 set. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999*. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica. *Relatório Final: Efetivando o Acesso, a Qualidade e a Humanização na Assistência Farmacêutica, com Controle Social*. Brasília. 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos*, Brasília. 2014. Disponível em: http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. *Portaria nº 698/GM de 30 de março de 2006*. Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/LEGIS/PortGM_698_30marco_2006.pdf. Acesso em: 26 abr. 2015.

BRASIL. *Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998/MS*. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf. Acesso em: 26 abr. 2015.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Resolução RDC nº 28/2007, de 05 de abril de 2007*. Dispõe sobre a priorização de análise técnica de petições de registro, pós-registro e anuência prévia em pesquisa clínica de medicamentos protocola das para análise pela Gerência-Geral de Medicamentos. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/c5ab24804b3e6ae5bb8ebbf8fded4db/resultado+14-05-2012.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. 1º turma. RMS 28.962/MG. Ementa [...] Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Minas Gerais, 25 ag. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp/livre=fornec%24+%28medic%24+ou+re+mecl%24%29+e+resev%24+possivel&&b=ACOR&p=true&l=10&i=1#> Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. *RE 271.286-8/RS*. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 02 ago. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso 15 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de governo. *Avaliação do TCU sobre a ação assistência financeira pra aquisição e distribuição de medicamentos excepcionais*. Brasília, TCU, 2005.

BRITO, Fabia Lima. *Perfil sistemático da tutela antecipada*. Brasília, DF: OAB Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e a Tradição Política Liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 53, p.73-75, jul. 1981.

CAMPOS, Germán Bidart; HERRENDORF, Daniel. *Principios de derechos humanos y garantias*. Buenos Aires: EDIAR, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentos da Constituição: para uma compensação agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. rev. e atual., de acordo com a EC 45, 08.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro v. 5, n. 9, p. 105-110, jul/dez. 2004.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à saúde*. Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lúmen, 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 92-173, out. 1989.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v.22n1/08.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

DANTAS, Nara Soares et al. *Manual de Atuação do Ministério Público Federal em Defesa à Saúde*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2006. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/deconsoccult/Manual%20de%20Atuacao%20em%20Saude%20-%20GT.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

DANTAS, N. S.; GAVRONSKI A. A.; SILVA, O. J. B.; SILVA, R. R., (Org.). *Manual de atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde*. 2005. Disponível em: <<http://pfde.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAREMA, Duciran Van Marsen. A saúde na Constituição Federal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, Brasília, n. 4, maio, 1997.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Algumas considerações sobre a judicialização da política. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3364 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/226620>>. Acesso em: 30 maio 2015.

FILPO, Kleber Paulo Leal. *Quando o Tribunal é o pronto socorro*: Aspectos da judicialização do direito à saúde no Brasil. Dissertação – Mestrado - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. 2005.

FOCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GASPAR, Antônio Henrique. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exejeta a ministro da verdade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p.19-29, jan./abr. 2007.

GUERIN, Giliane Dorneles; ROSSONI, Eloá; BUENO, Denise. Itinerários terapêuticos de usuários de medicamentos de uma unidade de Estratégia da Saúde de Família. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n.11, p. 10-20, nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Msseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. 2010. Disponível em: <<http://www.nagib.net/texto/varied16.doc>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Porto Alegre. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/AnaKramer.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

KRELL, Andreás Joachin. *Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

KUSS, Isabel do Rocio; AIRIS, Mônica Sotero da Silva Bueno. Fundamentos teóricos do direito à saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 698, p. 20-30, maio, 2005.

LEAL, Rogerio Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição, serafim: Limites e possibilidades. *Revista de direito Público*, Brasília, n. 38, p. 50-70, ago., 2006.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

LOYOLA, M. A.. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciênc. Saúde Coletiva*. 2008, v. 13, supl. 2008.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.). et. al. *II Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 85.

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 714-721, ago. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 1999.

MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz do princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MESSEDER, A. M.; CASTRO, C. G. S. O.; LUIZ, V.L.. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 2, 2005. p. 525-534.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendência na execução de sentenças e ordens judiciais. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 215-300.

NEVES, Antônio Castanheira. *Teoria do Direito: apontamentos complementares de Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; DELDUQUE, Maria Célia. Tijolo por tijolo: a constituição do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica do direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 2009. p. 106.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais sociais*. Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PASCUAL, Cristina Garcíá. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia Edicions Alfonsel Magamim. 1997.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, ago. 2010.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_aetext&pid=S141381232010000500015&lng=en&nrm=is>. Acesso em: 25 maio 2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, mar. 2010.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. Porto Alegre. 2002. Disponível em:

<http://www.dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_f20_01.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

PUPPO, Sérgio Tadeu. *Normatividade. Cláusulas Gerais, Criatividade e Decisão Judicial: Campo para a Discrecionalidade Judicial?*

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo Castro. Estado Fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 3, p. 87-98, maio/ jul. 2007.

RIBEIRO, Patrícia. Direito à Saúde: uma questão de respeito. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SAÚDE COLETIVA, 8, 2006. Brasília. 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSA, Elieser. *A voz da toga*. Rio de Janeiro: Barrister's. 2003.

ROSARIO, G. C. M.. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 169. 2008.

SANTANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 83.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filantiner. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana*. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 3 ed. Porto alegre: Livraria dos Advogados; 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

SCHEFFER, M.; SLAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no BRASIL por meio de ações judiciais*. Série Legislação n. 3. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

SCHRAMM, F. R.; ESCOSTEGUY, C. C.. Bioética e avaliação tecnológica em saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, p. 951-961, out./dez. 2000.

SCHRAMM, F. R.. Bioética da proteção e incorporação de C&T em saúde. *BIS – Boletim do Instituto de Saúde*, n. 42, ago. 2007.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, M. L. S. *Equidade, financiamento e acesso*. SEMINÁRIO O SUS, O JUDICIÁRIO E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS, 2004, Porto Alegre: CONASS; Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul; In SANTOS, C.C.; GONÇALVES, S.A. Análise descritiva de mandados judiciais impetrados contra a Secretaria de Saúde do Distrito Federal para fornecimento de medicamentos. Brasília, 2006. Monografia (Especialização em Gestão de Saúde) da Universidade de Brasília, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios. Disponível em: <http://portugal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edição_completo.pdf>. Acesso em 15 abr. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 75, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 maio 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação latu sensu da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. *Entre princípios e regras* (cinco estudos de caso de Ação Cível Pública), cadernos CEDES-IUPERJ, p. 1-47, jan. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. In: _____. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.